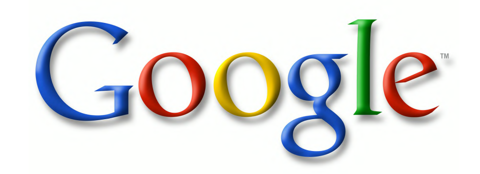
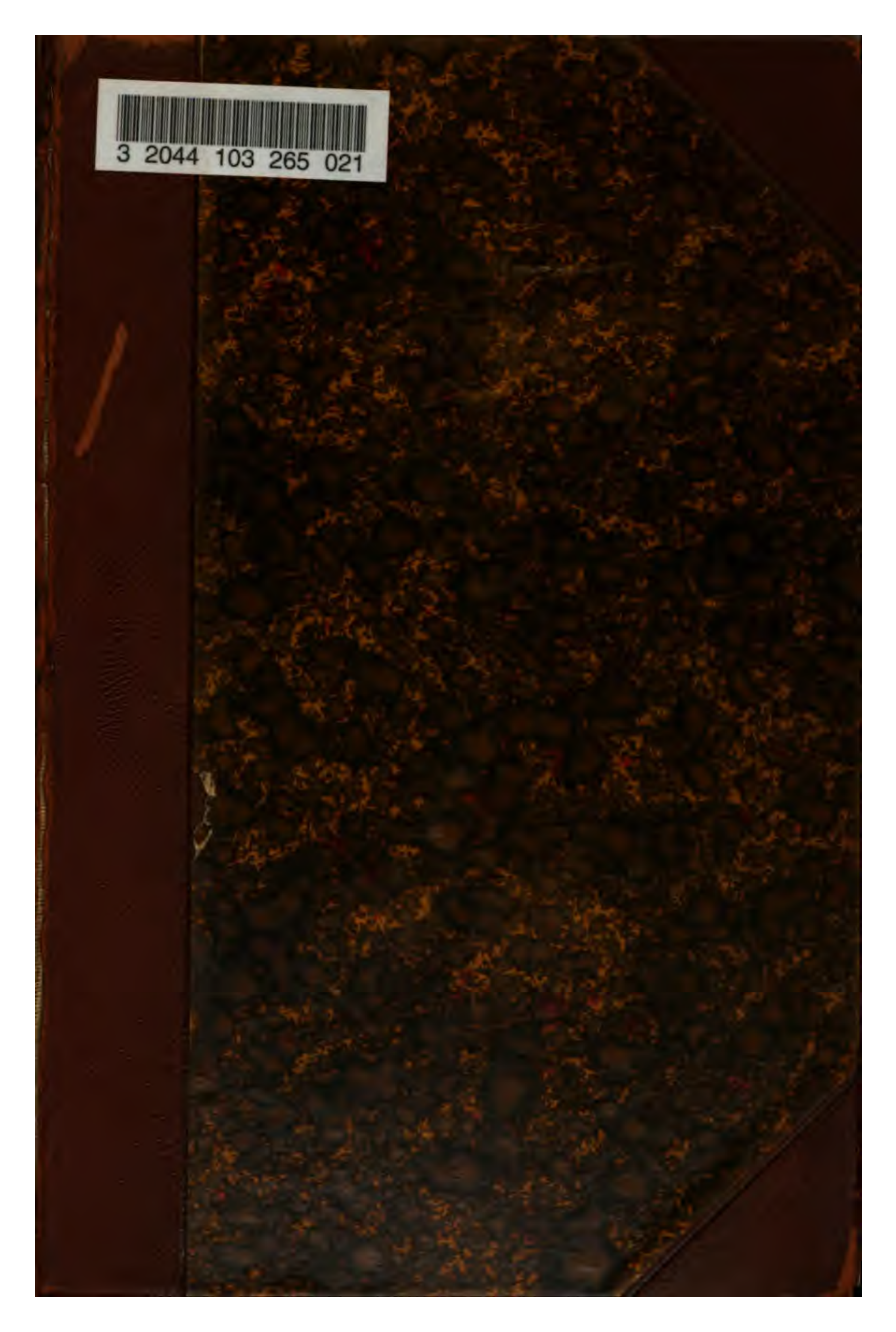
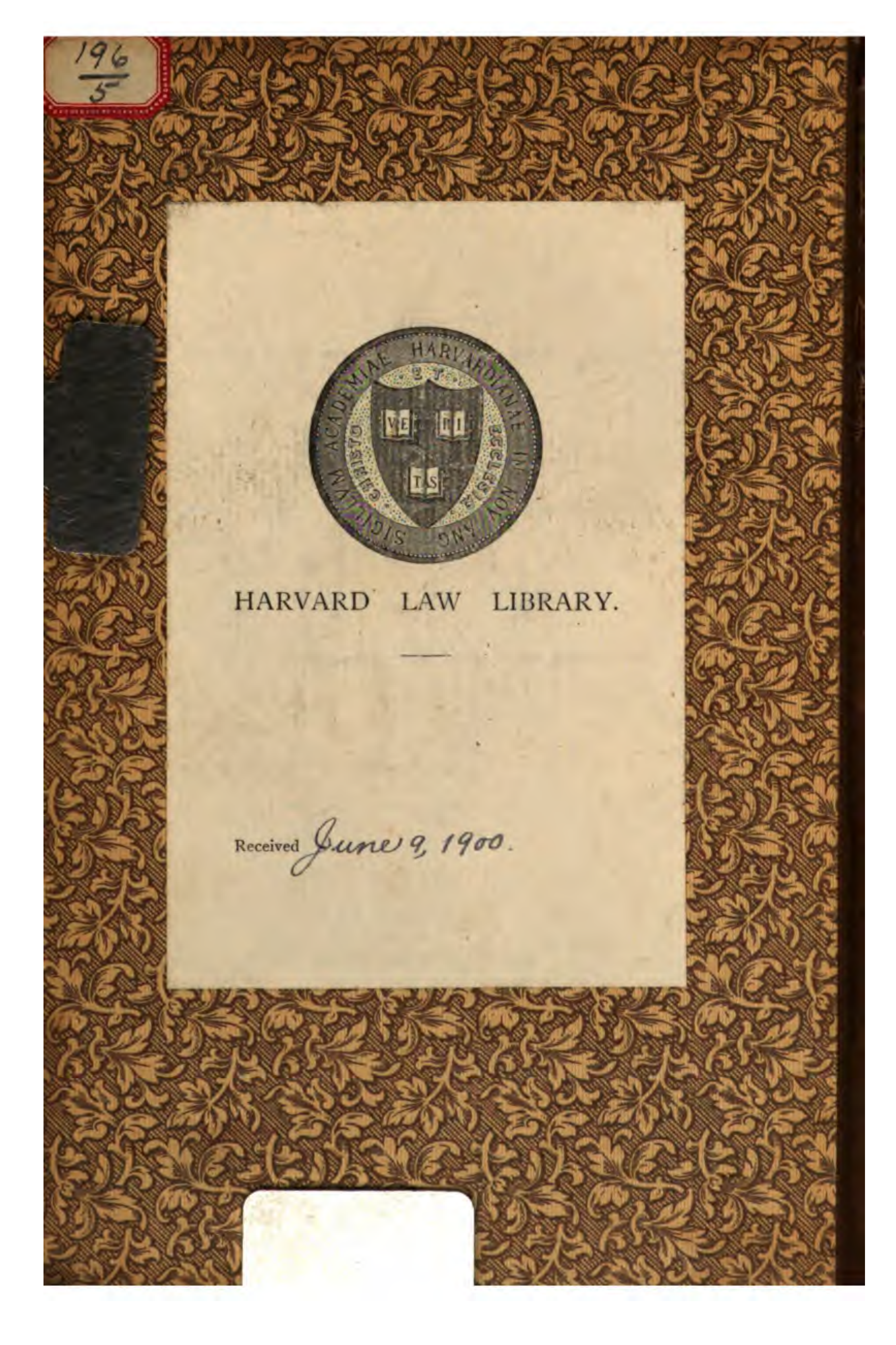
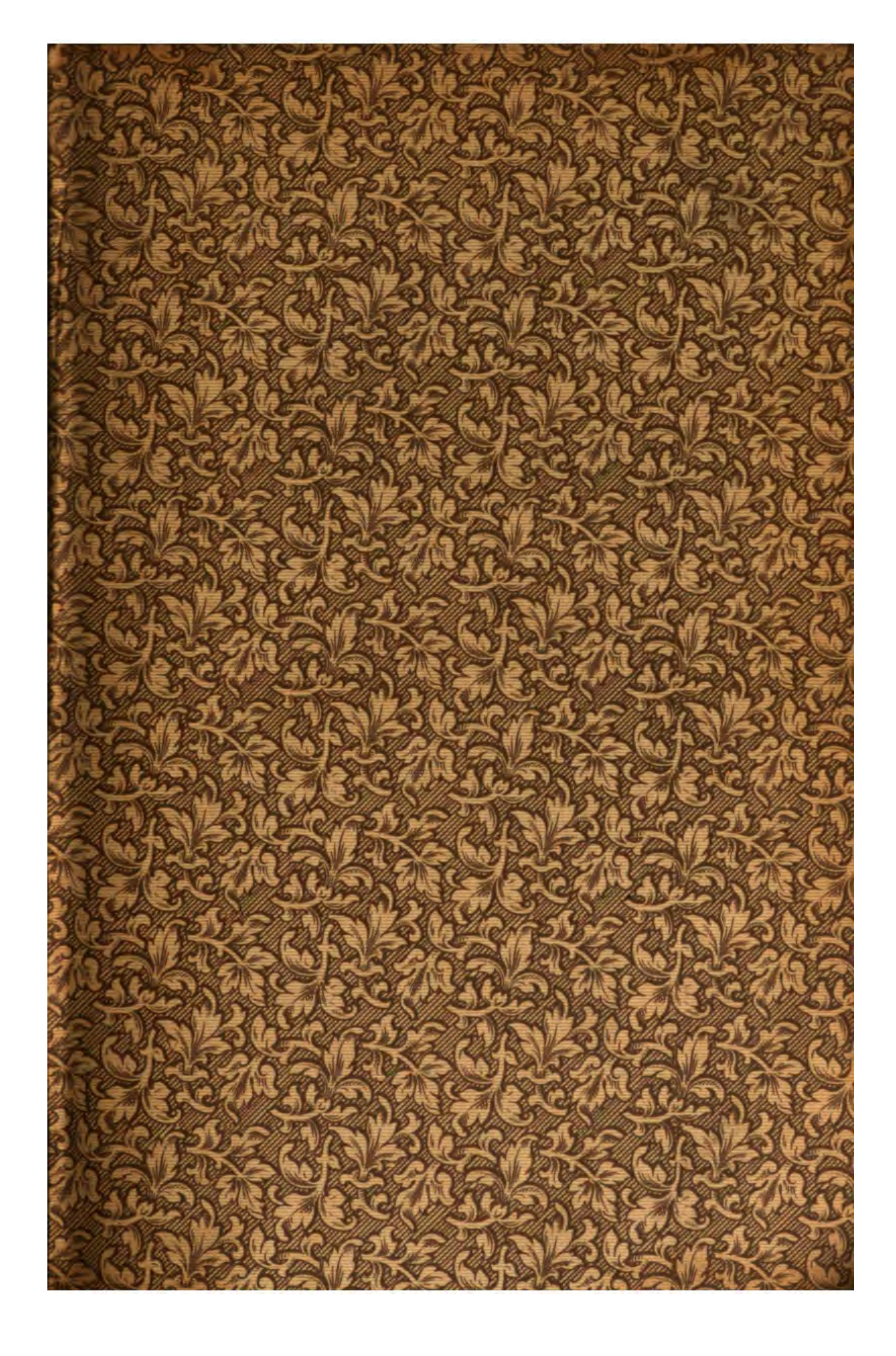
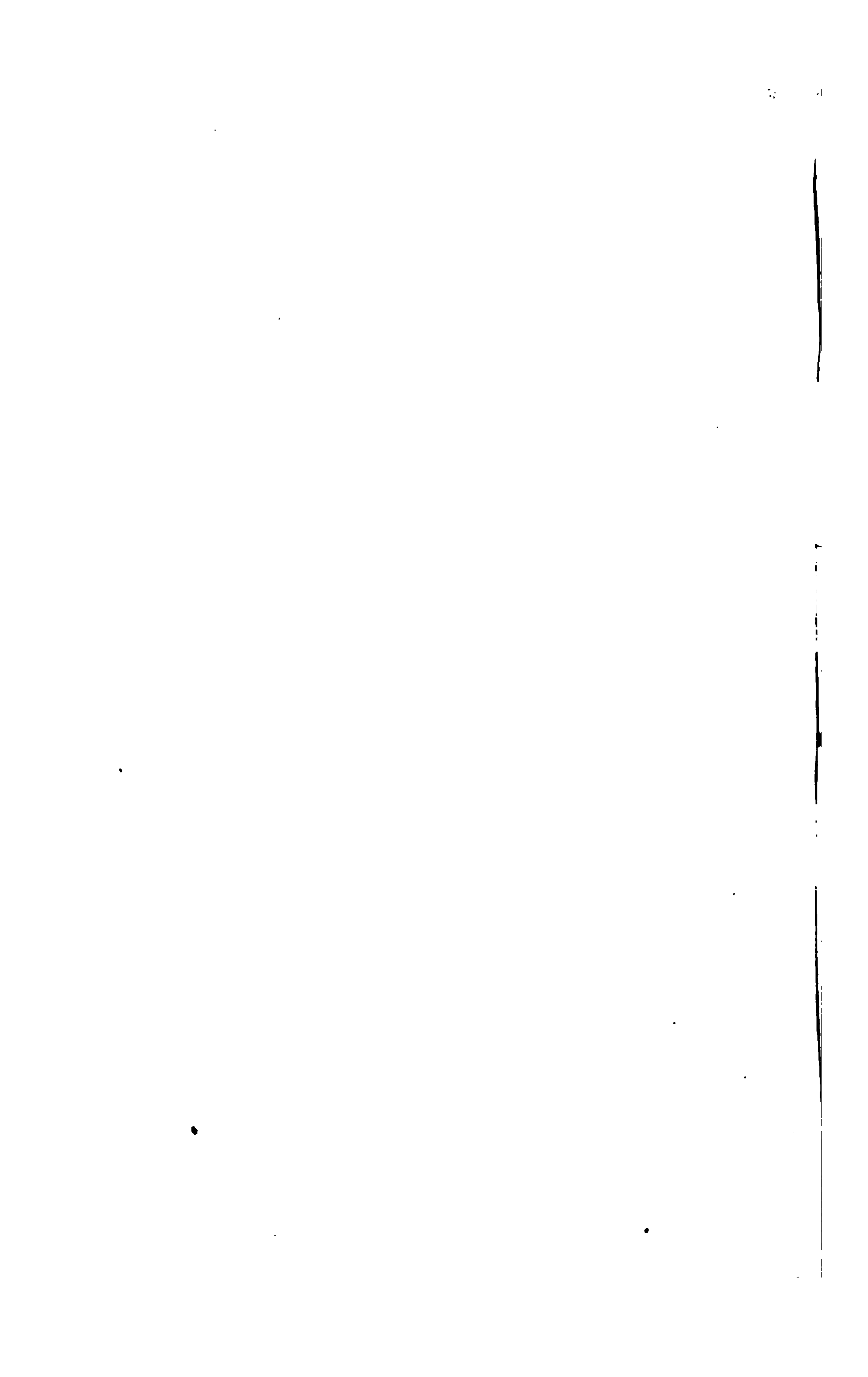





196
5
SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV ANG
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE RI TAS





# BIBLIOTECA UNIVERSAL.

## SECCION JURÍDICA.

TOMO 2.

PRINCIPALES PUBLICACIONES

DE LA

# NUEVA BIBLIOTECA UNIVERSAL.

## SECCION HISTÓRICA.

Publicado:

1 al 9.—**Mommsem.**—HISTORIA DE ROMA, version castellana de A. García Moreno, con un prólogo y notas de D. F. Fernandez y Gonzalez; nueve tomos en 4.° 180 rs. en Madrid, 194 en provincias y 216 en América y extranjero.

10.—**Weber.**—HISTORIA COMTEMPÓRANEA (DE 1830 Á 1872), traducida al castellano, anotada y aumentada con una reseña histórica de los Estados de América, por A. García Moreno. Esta obra constará de cuatro tomos y forma el 10, 11, 12 y 13 de esta biblioteca. Se ha puesto á la venta el 1.°, siendo su precio el de 20 rs. Madrid, 22 en provincias y 24 en América y extranjero.

Se publicarán en breve los tomos restantes.

Tan pronto como terminemos ésta, continuaremos la *Historia de Roma* con la clásica obra de Merivale, *Historia de los Romanos bajo el Imperio*, que tanta celebridad ha valido á su autor.

Los señores suscritores á la *Seccion Jurídica* que deseen suscribirse á la *Seccion histórica* en esta segunda época, y adquirir lo publicado, se les pondrá al precio de suscricion ó sea á razon de 16 rs. en Madrid, 18 en provincias y 20 en América y extranjero cada tomo.

## SECCION JURÍDICA.

Obras publicadas:

1.—**Carrara.**—TEORÍA DE LA TENTATIVA Y DE LA COMPLICIDAD Ó DEL GRADO EN LA FUERZA FÍSICA DEL DELITO, version castellana con prólogo y notas de D. Vicente Romero Giron, un tomo en 4.° (tamaño, esta Biblioteca), 24 rs en España y 28 en el extranjero y América.

2 y 3.—**Fiore.**—DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, dos tomos, 48 reales en España y 56 en el extranjero y América.

Para los suscritores á esta seccion, el precio de cada tomo es el de 20 pesetas en el extranjero y América.

EN PRENSA.

**Savigny.** — ESTUDIOS FUNDAMENTALES DE DERECHO ROMANO, tomo 1.° y 2.°

SEGUIRÁN.

**Laveleye.**—DE LA PROPIEDAD Y SUS FORMAS PRIMITIVAS, con un prólogo de D. Manuel Alonso Martinez.

**Blunschtli.**—DOCTRINA GENERAL DEL ESTADO, con prólogo y notas de D. Gumersindo Azcárate.

**Gabba.**—TEORÍA DE LA LA RETROACTIVIDAD DE LAS LEYES, con prólogo y notas de D. Vicente Romero Giron.

NUEVA BIBLIOTECA UNIVERSAL.
SECCION JURÍDICA (TOMO 2).

# DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

Ó

PRINCIPIOS PARA RESOLVER LOS CONFLICTOS ENTRE LAS DIVERSAS LEGISLACIONES EN MATERIA DE DERECHO CIVIL Y COMERCIAL, ETC.

POR

PASCUAL FIORE.

PROFESOR DE LA UNIVERSIDAD DE PISA.

VERSION CASTELLANA DE

A. GARCÍA MORENO,

aumentada con un apéndice del autor y con un prólogo de

D. CRISTINO MARTOS.

TOMO PRIMERO.

8•
MADRID.
F. GÓNGORA Y COMPAÑÍA, EDITORES.
Puerta del Sol, núm. 13.

1878.

Rec. June 9, 1900.

Imprenta de José García, Costanilla de los Angeles núm. 3.

# PRÓLOGO.

«No descubro elemento alguno en la naturaleza del hombre ó en las condiciones de su existencia terrena, que excluya la posibilidad ni la esperanza de reputarle capaz, aproximadamente por lo ménos, de definir y reivindicar las relaciones con sus semejantes como ciudadano del mundo, lo mismo que como ciudadano del Estado.»
(LORIMER.—*Problema final del derecho internacional.*)

Enemigo, *hostis*, era en tiempos remotos todo hombre al cual no amparaban el derecho de ciudadanía y la ley del Estado. La concepcion más mezquina del principio de nacionalidad, se nos presenta en la historia como el factor primordial en la vida de los pueblos antiguos, desde el Oriente á Roma; pero nacionalidad esclusiva y egoista, nacionalidad que no concibe, ni tolera, ni reconoce la existencia de los demás. Si, por escepcion, vive en paz con sus vecinos, infranqueable barrera de desconfianzas y de recelos, de trabas y de obstáculos políticos, jurídicos y sociales, dificulta el comercio é impide toda comunicacion. Si la guerra sobreviene, y este es el hecho más frecuente, en obligado cortejo le siguen

la conquista del territorio, la depredacion de los bienes, el esterminio, ó cuando ménos, la esclavitud del vencido *(æterna auctoritas)*.

Con insuperables obstáculos y dificultades tropieza todavía, á pesar del sinnúmero de materiales acumulados por la erudicion moderna, el investigador que intenta descubrir vestigios ciertos de las relaciones internacionales en los diversos imperios, cuya aparicion, vida y muerte forman el tejido principal de la historia primitiva del Oriente. Los mismos formidables cataclismos, á cuyo impulso perecieron aquellos imperios, revelan con siniestra claridad el hecho culminante de la conquista y de la fuerza, *regula juris* de tan apartadas edades.

Si los recuerdos del mundo griego son más positivos y concretos, y ofrecen ante la crítica mayores visos de certidumbre, ellos nos dicen, que el pueblo heleno reputaba la piratería profesion honrosa; que el filósofo y moralista Aristóteles establecia fundamentalmente, haciéndola derivar de la naturaleza, la desigualdad de los pueblos y de los hombres, por virtud de la cual eran los unos justamente dominadores, eran los otros fatalmente dominados; que el severo historiador Tucídides preconiza, en fin, como máxima general de política, aplicable lo mismo á las monarquías que á las repúblicas, la utilidad, sinónima, á su entender, de justicia.

Ni la institucion del *prætor peregrinus* en Roma, para juzgar las diferencias con los extranjeros y resolver los conflictos originados en la diversidad de leyes, que la política romana conservaba á los pueblos sujetos á su yugo, revela un fenómeno general, sino la escepcion impuesta por la fuerza de los hechos; ni es síntoma, por modo alguno, de una institucion con caractéres verdaderamente sustantivos, como derivada de necesidades generales, como producto inmediato de las entrañas

mismas de aquella sociedad. ¡Qué mucho esta representacion inferior y de segundo término, si el *prætor urbanus* tuvo que reducir su cometido, durante largo período de tiempo, al establecimiento de meras *fic,iones* por donde el derecho natural se introducia modestamente, imponiéndose á las rígidas y terribles exigencias del *jus strictum*!

Nuevos y espléndidos horizontes descubrió el cristianismo, y sus máximas de fraternidad é igualdad sirvieron de poderosa palanca para aligerar la inmensa pesadumbre que gravitaba sobre el derecho. Sus apóstoles y sus doctores legaron á las futuras generaciones valiosas enseñanzas y prepararon las conciencias para la nueva era del derecho universal, á cuyo reconocimiento contribuyeron en alto grado dos sucesos posteriores de muy diverso órden, económico el uno y político el otro (1). El desarrollo potente del comercio en algunas ciudades italianas, Trani, Amalfi, Pisa, Génova y Venecia, á las cuáles siguió muy pronto Barcelona, fenómeno que estendió é hizo más frecuentes las relaciones internacionales, y el restablecimiento del derecho Justinianeo, última y grandiosa manifestacion del génio jurídico de Roma.

Pero ni la espansion del comercio, ni el reconocimiento de un derecho comun en toda la Europa, ni la independencia de los municipios, ni los viajes marítimos y descubrimientos, que trajeron á la vida histórica nuevos mundos, hasta entonces ignorados, lograron extinguir por completo las influencias del régimen feudal con su sistema de los *derechos personales*, ni pusieron coto á la invasion creciente del *derecho territorial*, que por mucho espacio de tiempo se mantuvo á la sombra protectora de las grandes monarquías.

(1) Mancini, *Diritto internazionale*, pág. 11; Nápoles, 1873.

En medio de corrientes tan varias y encontradas, un hecho fundamental de la historia moderna prepara, más que otro alguno, la formacion del derecho internacional. La reforma atacó y destruyó la unidad espiritual de la Edad Media, y echó por tierra las quiméricas esperanzas de la monarquía universal. Si es cierto, que uno de los caractéres distintivos de toda nacionalidad es el idioma, forzoso será reconocer, que la restauracion de las lenguas populares y de las literaturas nacionales, avivada por el protestantismo en fuerza de una necesidad ineludible de su existencia, sirvió admirablemente á la formacion de las nacionalidades, y con ella á la ciencia del derecho internacional, cuyo desarrollo creciente procede de la reforma y de los escritores reformados (1).

Dos manifestaciones generales del derecho internacional podemos notar ya con perfecta distincion en esta época, por más que sus orígenes se remontan á tiempos anteriores. El *Equilibrio europeo*, principio derivado de la necesidad de poner coto á las guerras entre las monarquías, guerras personales y de conquista, y la doctrina de los *Estatutos*. Se implanta el primero en las esferas del derecho internacional público, y domina la otra el campo del derecho internacional privado.

Nuestras breves observaciones versarán únicamente sobre la segunda.

Todavía se mantiene como doctrina vigente por muchos escritores, y á decir verdad, la práctica general la sigue consagrando. Pero la ciencia moderna tiende irrevocablemente á condenarla por deleznable y falta de fundamento racional. Ni áun suplida y enmendada con la admision de un tercer término, el estatuto mixto

---

(1) Laurent, *Les Nationalités*, páginas 43 y 44; París, 1865.

*locus regit actum,* basta á resolver con acierto y en justicia las múltiples diversísimas cuestiones, los reiterados conflictos, que la universalidad del comercio humano produce á cada momento.

Pero es bien reconocer, no obstante sus deficiencias y sus errores, que esa doctrina comenzó á dar entrada, en oposicion abierta con el derecho territorial, en que el hombre era poseido por la tierra (1), al elemento personal con sus derechos absolutos, con su identidad permanente. Cierto es, que la fórmula ideada para introducir el último, no pudo sustraerse enteramente á la influencia avasalladora de aquel, é hizo depender el derecho personal de un acto externo, formalista y contingente, del domicilio, pero áun así no es ménos evidente, que la virtualidad del derecho personal fué reconocida, y la influencia del estado feudal profundamente quebrantada.

El incremento de la libertad y de la civilizacion general, que tiene su punto de partida en la memorable revolucion francesa, viene relegando paulatina, pero seguramente, multitud de máximas y observancias envejecidas, y el Código civil francés, una de las consecuencias más espléndidas y perdurables del espíritu de 1789, contribuyó en gran manera á la determinacion concreta de ciertos principios comunes, admitidos ya en casi todos los Códigos, tocantes á la organizacion de la familia, régimen de la propiedad, efectos y trascendencia de los contratos y demás actos jurídicos. Pero si la base de las modernas leyes, es en cierto modo idéntica, el desarrollo de ellas acusa numerosas variantes, por donde las controversias y los casos de conflicto entre las distintas leyes se hacen más frecuentes, aumentadas

(1) Mignet, *La feudalité*, part. I, chap. 3.

considerablemente por las facilidades y estension de las comunicaciones internacionales.

La ciencia, anticipándose á los Gobiernos, procura con ardor inusitado resolver tales conflictos, y reconoce la importancia, cada dia mayor, de los estudios sobre derecho internacional privado. Por iniciativa de espíritus generosos y progresivos, se ha creado un instituto internacional, donde toman asiento las ilustraciones de Alemania, Francia, Rusia, Inglaterra, Italia, Estados-Unidos, Suiza, Bélgica y Holanda, donde se ventilan las cuestiones más árduas, se plantean los problemas más vitales y se da impulso á las publicaciones científicas. Entre las numerosas obras, que han visto la luz pública, el libro del profesor Fiore, aunque de reciente data, ocupa ya lugar distinguido en la opinion de insignes jurisconsultos y escritores. En España, en donde casi exclusivamente se conoce tan sólo el tratado de Mr. Fœlix, adicionado por Demangeat, llenará un vacío considerable y prestará muy señalados servicios á la ciencia y á la práctica.

Con ser un trabajo científico abundante en datos y adornado de sóbria erudicion, distínguese á la par por su método sencillo y rigurosamente didáctico, por su claridad en la esposicion, por su sana doctrina. El capítulo V, donde aprecia y critica los varios sistemas, territorial, de los estatutos, de la sumision presunta á la ley, de la reciprocidad, etc., nos parece un dechado de discrecion y buen sentido. Más oportunamente colocado estaria, á nuestro juicio, como antecedente del IV, en donde espone su propio sistema, que reduce á seis principios capitales:

1.° Los Estados y las naciones deben coexistir jurídica y armónicamente en la gran sociedad, que se llama el género humano.

2.° Cada Estado tiene el derecho de guardarse y conservarse.

3.° Las leyes de un Estado, no pueden aplicarse sino á los súbditos para quienes se hicieron especialmente.

4.° Cada soberanía puede ejercer sus derechos más allá de los límites de su propio territorio, con tal que no lastime los derechos de los demás soberanos.

5.° El ejercicio de los derechos de la soberanía, deja de ser inofensivo, cuando quebranta los principios del órden público ó del interés económico, político, moral y religioso de otro Estado.

6.° En los casos de duda, compete únicamente á la magistratura juzgar si una ley extranjera debe reputarse contraria á los principios de órden público del Estado.

La aparente generalidad con que resulta concebido y espuesto el primer principio, se compensa con esceso por el profesor Fiore, mediante el cuarto, en donde campea ya la idea de *nacionalidad*, generadora real de su sistema, apotegma inconcuso de toda la escuela italiana, al cual ha dado su fórmula más absoluta y completa el ilustre Mancini.

Espiritus por todo extremo rígidos, criticarán con sobrado motivo quizá, la preponderancia esclusiva que la escuela italiana atribuye á la idea de la nacionalidad. Ella inspira algunas fórmulas atrevidas del Código civil de 1865; ella informa ciertas reglas del nuevo proyecto de Código penal, sometido actualmente á la deliberacion del Parlamento italiano.

Nosotros no la consideramos como el primero y generador principio del derecho internacional privado.

Pero, si atentamente miramos á la historia y traemos á nuestra mente el recuerdo de la vida italiana,

aquella profunda sentencia de Savigny (1), *que la sustancia del derecho se dá en el pasado entero de una nacion, no arbitrariamente y por efecto del azar, sino brotando de sus propias entrañas y de su historia,* puede aplicarse con perfecta analogía á la idea enaltecida por los escritores italianos, y esplicar satisfactoriamente sus preferencias marcadas por el principio de nacionalidad.

En el campo político, la idea de la independencia y de la soberanía de aquellos principados y repúblicas del siglo XV, átomos de nacion es verdad, pero constituidos con todos los atributos de personalidades políticas, se traduce en el pensamiento de Médicis comprometiendo á los florentinos á oponerse al engrandecimiento de las principales potencias de Italia, tanto para asegurar la república de Florencia, como para garantir su propia autoridad (2).

El más brillante génio literario de Italia, Dante Alighieri, ensalza desde el siglo XIV el principio de la nacionalidad italiana, y lo esculpe con caractéres inmortales como ideal absoluto del porvenir.

El más profundo político de aquellos tiempos, Nicola Machiavelli, tan torpemente calumniado por muchos, como erróneamente comprendido por otros (3), afirma el mismo principio y sus admirables Décadas, y el libro imperecedero de El Príncipe, ponen sin cesar ante la vista del pueblo la idea sacrosanta de la nacionalidad y de la patria.

Entretanto, aquella noble cuanto desventurada nacion, presa de luchas intestinas, fomentadas, ora por poderes absorbentes, ora por monarcas ambiciosos, que

---

(1) Savigny.—*Vocacion del siglo*, etc. 3.ª ed., pág. 8.
(2) Guicciardini.—*Storia della Italia*, lib. I, cap. 1.
(3) Mancini.—*Saggio sull Machiavelli.*

aspiran á poseerla y dominarla, ve sucederse una tras otra las guerras y las invasiones, y yace postrada y envilecida bajo el yugo extranjero.

Ni los ejércitos franceses acaudillados por el primer cónsul, arbitraron remedio para tanto sufrimiento, antes bien, la Italia, como si su destino fuese vivir encadenada al carro del triunfador, ella, que habia triunfado del mundo entero, dominada fué so color de mentida libertad, como antes y despues lo fué en nombre del despotismo.

Pero el fuego sagrado de la patria se mantenia perenne en los senos más recónditos de la conciencia del pueblo; los dolores lo avivaban, la servidumbre lo propagaba, y como toda nacion tiene su razon de ser en Dios, la razon divina triunfó, y el último desastre de Novara dá comienzo á la era de la regeneracion nacional, de la libertad y de la unidad de Italia.

¡Ah! cuando vuelvo mi vista hácia esa ilustre nacion y contemplo asombrado el grandioso ejemplo y la inapreciable enseñanza, que nos ofrecen sus hijos más dignos, y veo á ese pueblo defender la idea de nacionalidad con el mismo entusiasmo y la misma firmeza con que los antiguos romanos peleaban *proaris et focis*, y siento palpitar por do quiera la vida italiana, que penetra en el gran consejo anfitiónico de las grandes potencias europeas, asiste á los templos de la ciencia, participa en las más generosas y humanitarias empresas, y luego considero nuestra soledad y nuestro silencio, nuestra inaccion y nuestra indiferencia, me pregunto á mí mismo, si el *quid divinum* de tanta actividad y tanta gloria no reside en la idea augusta de la nacionalidad, que levanta al nivel del hombre al ciudadano, como venturosa conjuncion del derecho individual con el derecho social, como elementos característicos de la historia, como factores paralelos del progreso y de la

vida.—Volviendo ahora al punto en cuestion, importa asentar que, á nuestro juicio, no se descubre el lado negativo y parcial de la doctrina [de la *nacionalidad,* elevada á principio único regulador del derecho internacional privado, en la ausencia de cierta consideracion formal tocante á los derechos del Estado enfrente de los que pertenecen á la nacion, como parece deducirse de la crítica de Holtzendorff (1), algo influido por motivos históricos, que afectan á la Alemania, y por el concepto abstracto y formalista del Estado, comun á todos los matices de la escuela hegeliana; sino que considerando, que todo pueblo existe, no solo para sí, sino para los demás, entiendo que es un deber general superior á todo sentido exclusivo de nacionalidad y de patria, establecer mútuas relaciones. La ley de la division del trabajo tiene idéntica aplicacion á las relaciones de la vida que á las económicas. La idea de la igualdad en las esferas morales como en las materiales no es absoluta: por el contrario, las desigualdades naturales é intelectuales entre los indivíduos como entre las naciones se salvan mediante el cambio contínuo de productos materiales y morales, por donde la parsimonia de la naturaleza yes vencida la idea de la justicia universal se realiza en la historia (2).

Reconozco de buen grado el derecho personal, sagrado de las nacionalidades, garantía eficaz contra la guerra, pero mantengo como primordial elemento el derecho del hombre, cuyo destino es solidario con el de los demás, mediante lazos comunes y deberes correlativos que á todos obligan. El derecho de gente sen sus dos manifestaciones de público y privado, y muy singular-

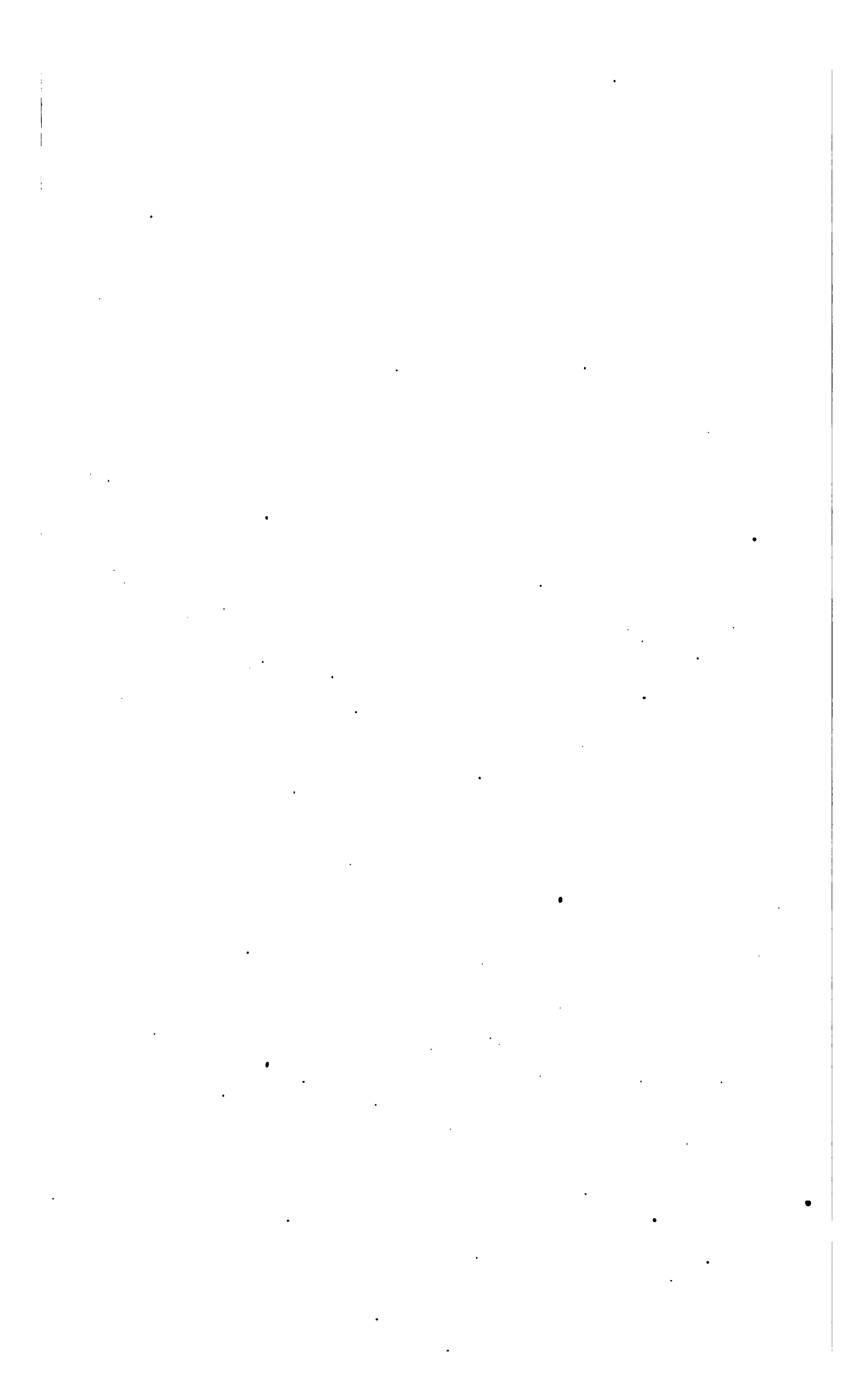
(1) Holtzendorff.—*Le principe des nationalités et la literature italienne*, etc. *Revue de Droit international,* vol. II, pág. 92 y siguientes.

(2) Yhering.—*Espíritu del derecho romano,* trad. de Mulenaere.

mente en cuanto á esta última, implica por cierto la existencia de naciones libres y soberanas, pero supone necesariamente tambien vínculos recíprocos entre ellas; y para encontrar su orígen, su razon y su fin, es indispensable considerarlas, no como séres aislados gozando de absoluta independencia, sino como miembros de una superior unidad, en la cual se descubre su mision y de la cual deriva un límite racional de su soberanía, de sus derechos y de sus mútuos deberes (1).

CRISTINO MARTOS.

(1) Laurent.—*Les nationalités*, pág 44.



# DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

---

## ADVERTENCIA.

Como observará el lector, van tres clases de notas en esta obra. Las del autor, que consisten generalmente en citas; algunas de las puestas por el jurisconsulto francés, Mr. Pradié Fodéré (cuya traduccion francesa hemos tenido á la vista para interpretar mejor el pensamiento del autor), que llevan al fin las iniciales (N. de P. F.); y por último, las de la version castellana, cuyas llamadas van hechas con letras y llevan al pié: (*N. de la trad.*)

# PRELIMINARES.

## CAPÍTULO PRIMERO.

### OBJETO DE LA CIENCIA Y SU DEFINICION.

**1. La diversidad de leyes es un hecho necesario.—2. Triple manera, segun la cual el individuo puede estar considerado como sometido á la ley.—3. Definicion de la ciencia.—4. Su importancia y su utilidad práctica.—5. Afinidad entre el derecho privado y el derecho público internacional.—6. Diferencia entre los conflictos en el interior y en el exterior de un Estado.**

Siendo nuestro propósito exponer el derecho internacional privado, creemos necesario, ante todo, precisar el objeto de esta investigacion.

1. La diversidad de legislaciones positivas de los diferentes Estados es un hecho incontestable y necesario; y decimos necesario, porque la uniformidad de las legislaciones, considerada con cierta complacencia por algunos como la forma del perfeccionamiento civil, es, en nuestro sentir, un deseo irrealizable, y porque las tentativas que tienden á este fin han sido siempre, y no pueden ménos de ser, infructuosas é inútiles (1). Puede establecerse la uniformidad de legisla-

**(1) La imposibilidad de que habla el autor no es quizá tan absoluta como quiere suponer. Es cierto que habrá siempre diferencias más ó ménos grandes entre las legislaciones civiles de los pueblos, pero solamente en lo concerniente á las disposiciones legales que se despren-**

cion en las distintas divisiones que componen un Estado, como es igualmente posible que la base y el fundamento de las di-

---

den lógicamente de las diferencias de costumbres y de climas. Hasta las costumbres son susceptibles de modificarse y de uniformarse. No hay más que consultar la historia para reconocer que se ha formado á través de las edades una base de legislacion uniforme, que se ha ido extendiendo sucesivamente desde la antigüedad hasta nuestros tiempos, habiendo contribuido á este resultado la filosofía antigua, el cristianismo, el derecho romano, la revolucion francesa, y, en nuestros dias, el comercio. ¿Quién duda que hay entre todas las legislaciones cristianas principios comunes que, bajo cierto aspecto, han uniformado las leyes civiles de todos los países cristianos? Pues qué, ¿el derecho romano no es el fundamento de todas las legislaciones de Europa? Los Códigos franceses, hijos de la revolucion de 1789, ¿no han servido de modelo á las legislaciones de un gran número de Estados europeos? Y en los tiempos modernos, las relaciones cada vez más estrechas de las naciones entre sí, ¿no han multiplicado los tratados internacionales que han generalizado ciertos principios de derecho privado? El espíritu de democracia y de reforma social que va penetrando en las sociedades modernas y que tarde ó temprano recogerá sus frutos, se encargará de llevar á cabo la obra que el Sr. Fiore considera como irrealizable.—(*Nota de Mr. P. P. F.*) (*a*).

(*a*) Aunque las generosas observaciones de Mr. Foderé nos parezcan atinadas y admisibles, es preciso no olvidar el alcance y sentido de las palabras del autor. Fiore, como la mayoría de sus compatriotas, realzan por motivos é intereses históricos la idea de la nacionalidad, y le conceden una importancia excesiva. Quizá por este medio reavivan la idea de la patria italiana y protestan contra las injusticias históricas que durante siglos desgarraron su nacionalidad. Toda su literatura jurídica moderna está saturada de esa misma idea. Mancini, en su seccion inaugural del curso de 1851, la toma como fundamento del derecho de gentes; Casanova, en su *Curso de derecho internacional*, procugna la misma idea; Pieratonni, en el. *Tratado de derecho constitucional*, concebido con miras altísimas, la defiende con entusiasmo; Fiore, en fin, como puede verse más adelante, cap. IV, hace derivar de ella los principios que informan su sistema.

Por dignas y respetables que sean estas opiniones, no podemos compartirlas. Sin negar la personalidad independiente de las naciones, creemos, sin embargo, que por encima de ella y sobre el principio territorial que de la misma deriva y én ella se inspira, está el derecho colectivo de la humanidad, la *comunidad de derecho entre los diferentes pueblos*, (Savigny, tomo VIII, pág. 30, trad. de Guenoux); *el derecho universal que regirá las relaciones de interés privado entre los pueblos* (Laurent, *Principios de derecho civil*, tomo I, pág. 211); el *summum vinculum* de Lactancio (De inst. div. IV, 10). Y en verdad que todo el proceso reciente del derecho internacional se alimenta de esta idea, que sin duda alguna se abrirá paso por entre la multitud de obstáculos tradicionales y de intereses egoistas que la combaten. El mismo Fiore, con una feliz inconsecuencia, la ensalza y antepone al principio de nacionalidad que antes acepta. (*Nota de la trad.*)

versas legislaciones sean siempre más conformes á los principios comunes de la ley natural; pero es imposible que los Estados que tienen una vida propia, que cambian en sus tradiciones, usos y costumbres, como en las condiciones geográficas, etnográficas, morales y políticas, puedan tener leyes uniformes. Es, pues, natural que las leyes sean diversas, no solamente segun los diferentes pueblos, sino tambien por las condiciones del progreso civil de cada Estado en particular.

2. Observamos igualmente que el individuo puede considerarse sometido á la ley bajo un triple aspecto. «De tres maneras, dice Hercio, están sometidos los hombres á las autoridades soberanas: por razon de su persona, por razon de sus bienes, por razon de sus hechos (1).» La ley, en efecto, determina primeramente el estado y las calificaciones de la persona, su condicion y su capacidad jurídicas; establece, en segundo lugar, cuáles son los derechos de que es capaz el individuo en sus relaciones con las cosas, encargándose de regularizar su ejercicio; determina, por último, cuáles son los hechos del individuo que tienen un valor jurídico, estableciendo las condiciones para que estos hechos se conviertan en tales. El hombre está, pues, sometido á la ley por su persona, por sus bienes y por sus hechos ó acciones.

3. Pudiendo el individuo ejercer su actividad fuera de los límites de su propia nacion, debe ser considerado como sometido á diversas leyes bajo estos diferentes aspectos. Supongamos efectivamente que un individuo se establece en territorio extranjero, en donde llega á adquirir bienes, y que despues, en otra nacion, dispone de ellos, ya por donacion entre vivos, ya por última voluntad; resultará de aquí que ese individuo se encontrará en relacion con diversas leyes bajo un aspecto diferente. ¿Cuál será, en este caso, la ley que deberá regir cada relacion jurídica? ¿Qué razones se aducirán en cada uno de estos casos para decidir si debe aplicarse con preferencia la ley de la patria, la del lugar en que radican los bienes ó la de la nacion en que se hallaba el dueño de éstos cuando dispuso de ellos?

Por lo tanto, la ciencia que establece los principios para resolver los conflictos de las legislaciones y para determinar las relaciones recíprocas de los súbditos de los diversos Esta-

(1) *De colisione legum*, sec. IV, p. 4.

dos, constituye un ramo especial de la ciencia del derecho que se llama *Derecho internacional privado*, muy distinto del *Derecho civil*, que determina las relaciones privadas de los individuos entre sí en el interior del Estado, y del *Derecho internacional público*, que determina las relaciones de unos Estados con otros (1).

---

(1) El *Derecho internacional privado* es el conjunto de reglas por las cuales se ventilan y resuelven los conflictos entre el derecho privado de las diversas naciones. Consta de las reglas relativas á la aplicacion de las leyes civiles ó criminales de un Estado en el territorio de otr Estado extranjero. Tal es la definicion que da Mr. Fœlix en su *Tratado de derecho internacional privado*. Mr. Demangeat observa, con razon, que las reglas establecidas en materia criminal conciernen directamente á los particulares, puesto que se trata de determinar en qué casos y de qué modo se podrá aplicar á estos tal ó cual penalidad, pero que hay ahí ante todo cierta organizaciôn del poderío social, cierta parte de soberanía conferida á los magistrados para la proteccion de un interés colectivo, por lo cual todos los jurisconsultos que se han ocupado en clasificar los distintos ramos del derecho, presentan el *Derecho penal* como formando parte del *Derecho público*. El sábio comentador de Fœlix añade que, bajo el punto de vista del *Derecho internacional*, despues de haber colocado en una categoría especial las relaciones que existen simplemente entre dos ó más particulares (*Derecho privado propiamente dicho*), pueden aún distinguirse fácilmente: 1.° Las que existen entre los Gobiernos, considerados como representando cada uno á toda una nacion; y 2.° Las que se forman entre un Gobierno y un particular súbdito de otro Gobierno. De estas tres clases de relaciones, sólo las que existen de Gobierno á Gobierno son completamente extrañas á un tratado de *Derecho internacional privado*.

«Las relaciones directas de los Estados entre sí—dice Mr. Rollin Jacquemyns—no son las únicas de que tiene que ocuparse el *Derecho internacional*. Dos Estados pueden encontrarse á la vez colocados frente á uno ó más individuos, y las relaciones contradictorias que surjan de este contacto personal pueden ser de naturaleza pública ó privada, segun estén en juego intereses sociales ó individuales. En el primer órden de ideas hay que examinar las cuestiones, siempre interesantes, del derecho de extradicion, de expulsion arbitraria, y en general de todas las medidas que los Estados pueden ó deben tomar con los que no sean súbditos suyos, y que vienen, sin embargo, á colocarse en los límites de su jurisdiccion. El segundo órden de ideas abraza todos los puntos referentes al *Derecho internacional privado*, ciencia que adquiere mayor importancia á medida que los medios de comunicacion y los cambios de residencia van siendo más fáciles y más fre-

4. Opinan algunos que es imposible una ciencia que resuelva los conflictos de las legislaciones, y sostienen que las únicas reglas, en este punto, son las aceptadas por el mútuo consentimiento y por los tratados. No podemos ménos de reconocer que falta efectivamente una uniformidad de jurisprudencia internacional y que la condicion jurídica de los extranjeros está determinada por las leyes particulares de los diversos Estados y por las cláusulas de los tratados. Reconocemos igualmente que debiendo estar administrada la justicia por los magistrados de cada país, no pueden negarse éstos á aplicar sus leyes, áun cuando fuesen contrarias á sus convicciones y á los resultados de la ciencia; pero todo esto no cambia la esencia de la cosa, siendo imposible sostener con fundamento que no existe la ciencia, ó que es inútil investigar los principios generales para resolver los conflictos de las legislaciones. La ciencia debe tender una mirada al porvenir y preparar los progresos que son posibles. Si la mayor parte de las sociedades políticas han aceptado ciertos principios generales para resolver las cuestiones relativas á la forma de las acciones y á la capacidad jurídica de las personas, ¿por qué no hemos de creer que llegarán á aceptar otros principios que la ciencia demostrará son los mejores para resolver los conflictos de las legislaciones? En la actualidad las relaciones entre extranjeros son muy frecuentes y ordinarias en tiempo de paz, no interrumpiéndose generalmente ni áun en épocas de guerra, y si en otros tiempos los forasteros eran, cuando más, tolerados y siempre mirados con recelo, forman ahora una parte importante de la poblacion de cada Estado. Considerando las relaciones actuales de los Estados, las necesida-

---

cuentes, y que las relaciones de familia, de propiedad y de comercio se multiplican de nacion á nacion. Se trata, en efecto, de saber cuál será la suerte legal y judicial de todas esas personas, de todos esos bienes y de todas esas acciones, que son causa de que las administraciones de dos ó más países se encuentren en frente las unas de las otras. Los conflictos provienen con frecuencia, como en el *Derecho internacional público*, de que no existe ley positiva; pero otras veces se trata de saber, entre un gran número de leyes positivas, cuál debe escogerse ó el modo de conciliarlas.» (*Del estudio de la legislacion comparada y del derecho internacional, Revista de derecho internacional*, 1869, t. I, página 243.—(*P. F.*)

des del comercio y de la industria, la facilidad de las comunicaciones y los múltiples motivos de contacto entre los pueblos, es necesario convenir en que, si los Estados no adoptan ciertos principios comunes para determinar la condicion jurídica de los extranjeros, aumentarán las ocasiones de conflictos en perjuicio de los intereses del comercio internacional. Esta es una necestdad reconocida por todos los legisladores. Savigny, en su *Tratado de derecho romano* (t. VIII) (1), acaricia la idea de una uniformidad de jurisprudencia internacional para resolver los conflictos de las legislaciones, y los dos Códigos más modernos, el de Bélgica y el de Italia, han formulado ciertos principios generales para fijar la condicion jurídica de los extranjeros, así como la ley que debe determinar sus relaciones.

Convenimos en que, mientras no se adopte un derecho comun, habrá una gran diferencia entre la ciencia jurídica y la jurisprudencia, y en que los fundamentos de las sentencias en los tribunales de los diferentes Estados serán distintos. Es, sin embargo, de grande importancia práctica el indagar, por medio de los principios de la filosofía, del derecho y de la legislacion, las reglas generales para resolver los conflictos, sea en el caso en que la ley positiva no haya determinado el modo y límite, segun los cuales deben aplicarse las leyes extranjeras, sea para preparar la uniformidad de jurisprudencia internacional, haciendo que los Estados acepten, en esta materia, un derecho comun.

5. Respecto del título que hemos dado á nuestra obra, creemos necesarias algunas explicaciones para deshacer una equivocacion muy generalizada. Han dado algunos por título á este ramo de la ciencia: *Teoría de los conflictos de las leyes de los diferentes Estados;* otros, *Derecho internacional privado.* Sin dar nosotros á las palabras más importancia de la que tienen, declaramos que hemos querido conservar este último título para precaver el inconveniente práctico que se desprende de la creencia de que no existe ninguna relacion entre este ramo del derecho y el *Derecho público.* Considerando efectivamente que las cuestiones de *Derecho in-*

---

**(1) De esta obra está ya en prensa una version castellana que va á publicarse en cinco tomos, formando parte de esta biblioteca.**

***(N. de la trad.)***

*ternacional privado* son cuestiones de *Derecho civil*; han creido encontrar el fundamento científico para resolver estas cuestiones en el *Derecho privado*. Nosotros creemos, por el contrario, que, entre este ramo del derecho y el *Derecho público*, existen numerosas filiaciones, y que deben tenerse muy en cuenta los principios de éste.

Los conflictos entre las leyes pueden verificarse en el tiempo y en el espacio. Podemos suponer, en efecto, que, en el tiempo que trascurre entre la existencia de un convenio y la aplicacion de la ley, cambie ésta; en este caso toda la dificultad consiste en determinar el límite de la ley en el tiempo; esta investigacion pertenece á un ramo especial del derecho, que se llama *Derecho transitorio*. Puede acontecer tambien que el objeto de una relacion jurídica haya cambiado de lugar, y que la ley bajo cuyo amparo se ha efectuado esa relacion sea diferente de la del lugar en que se la quiere hacer valer. En semejante caso toda la dificultad se reduce á determinar el límite de cada poder soberano en el espacio; pero no es posible que se determine este límite sin estudiar las relaciones públicas de Estado á Estado; por consiguiente, este ramo del derecho tiene numerosas afinidades con el *Derecho público* (1).

Es cierto que cada vez que se suscita la cuestion de saber cuál de las leyes extranjeras debe ser la preferida para resolver en una relacion jurídica determinada, la disposicion que es orígen del conflicto pertenece al *Derecho privado*, pero no puede deducirse de aquí que los principios segun los cuales debe ser resuelta esta cuestion pertenezcan siempre al mencionado derecho. Mr. Merilher de Chassat (2) considera que una de las razones por las que algunos escritores antiguos no han sabido resolver las cuestiones relativas á los conflictos producidos por la diversidad de leyes, ha sido porque las han considerado como cuestiones de *Derecho privado*. Huber, sin embargo, ha escrito estas palabras: «De todos modos, es preciso determinar hasta qué punto la autoridad pública debe admitir la aplicacion de la ley extranjera; por lo tanto, la cuestion pertenece más bien al *Derecho de gentes* que al *Derecho civil*, porque es evidente que las relaciones recíprocas

(1) Véase el cap. IV.
(2) *Tratado de los estatutos*, lib. I, tít. 1, cap. 1.

de los Estados entran en el dominio del *Derecho de gentes* (1).»
Entre los escritores modernos, Fœlix opina del mismo modo: «El principio de la aplicacion de las leyes extranjeras en el territorio de una nacion no pertenece al *Derecho privado*, sino al *Derecho de gentes*, y aunque en efecto se trate de disposiciones del *Derecho privado*, esta aplicacion tiene lugar siempre á consecuencia de las relaciones de nacion á nacion (2).

6. Otra observacion que consideramos oportuna es que los conflictos de las legislaciones pueden surgir tambien en el interior de un Estado y entre individuos sometidos á la misma soberanía. Puede acontecer esto cuando el Estado se halla dividido en diversas partes regidas por leyes propias y con distintas jurisdicciones (3). Tienen mucha analogía estos conflictos con los que se producen entre las leyes de los diferentes Estados; seria, sin embargo, erróneo querer aplicar los mismos principios á unos y á otros casos. Cuando el conflicto tiene lugar entre leyes de diversos Estados, es necesario investigar hasta qué punto las relaciones permanentes entre súbditos y soberanos pueden aún prevalecer en territorio extranjero y precisar el límite de la autoridad y de la jurisdiccion del soberano sobre su propio súbdito. Estas relaciones están fundadas en la nacionalidad. En el segundo caso, es necesario justificar si el individuo está en relacion permanente con una más bien que con otra de las diversas partes en que se halla dividido un Estado. Determínase esto con el domicilio.

---

(1) *Del conflicto de las leyes*, núm. 1.

(2) Fœlis, *Derecho internacional privado*, t. 1, núm. 14.—Byukershoëk. *De foro legatorum*, cap. III.—Voët, *Com. ad Paud.*, *De statutis*, § 18.

(3) En la Europa moderna son varios los Estados que no tienen una legislacion uniforme aplicable á todas las provincias de que se componen. Algunas colonias inglesas y ciertas comarcas pertenecientes á la Gran Bretaña están regidas por leyes especiales. El Código civil austriaco no rige en Hungría, en Croacia, en Eslavonia ni en Transylvania. En Baviera, algunas provincias están regidas por las leyes francesas, otras por el Código bávaro, otras por el austriaco, y otras, en fin, por el Código prusiano. Una parte de la Alsacia rhenana ha conservado la legislacion francesa, mientras que el Gran Ducado se halla regido por el derecho comun de Alemania. En Hannover, las provincias tienen leyes distintas. Rusia tiene tambien sus leyes provincia-

## CAPÍTULO II.

### BREVE EXPOSICION HISTÓRICA ACERCA DE LA CONDICION DE LOS EXTRANJEROS.

**7. Gran diferencia entre la condicion de los extranjeros en los tiempos antiguos y en los modernos.—8. Rigores de la legislacion romana respecto de los extranjeros.—9. Temperamentos adoptados sobre la máxima del derecho extricto.—10. Condicion de los extranjeros en la Edad Media.—11. Derecho de aubana ó albinagio.—Legislacion francesa.—13. Legislocion inglesa.—14. La Iglesia y la revolucion francesa.—15. Código de Napoleon (arts. 11, 776 y 912).—16. Condicion de los extranjeros en Inglaterra en los tiempos modernos.—17. Disposiciones análogas de la legislacion italiana.—18. Condicion de los extranjeros en los demás Estados.**

7. En los tiempos que hemos alcanzado, en que los pueblos están unidos entre sí por la civilizacion y el comercio, y en que el interés mismo de los Estados aconseja que no se excluya á los extranjeros, apenas si podemos explicarnos que antiguamente fuesen mirados con recelo, tolerándolos apenas, rechazándolos con frecuencia, recargándolos de impuestos y considerándolos como si estuviesen fuera del derecho comun.

Cuando Alejandro Magno proclamó, en un edicto célebre,

---

les. En Dinamarca las provincias tudescas no están regidas por el Código dinamarqués. En América cada uno de los Estados de la Union tiene una ley especial en materia de *Derecho privado* (*a*).

(*a*) Sabido es que en España sucede lo propio que en las otras naciones que ha citado el Sr. Fiore. En las Vascongadas, Aragon y Cataluña existen leyes especiales que no tienen aplicacion en otras provincias.—(*N. de la trad.*)

que todos los hombres honrados, cualquiera que fuese su procedencia y orígen, debian ser mirados como hermanos, y que sólo los criminales eran extranjeros, incurrió en un glorioso anacronismo, pues Grecia estuvo muy lejos de aceptar en su legislacion ese noble principio.

Los atenienses, que se honraban con tener el templo de la Piedad para recibir á los extranjeros, fijaban para su residencia un barrio especial, en el que estaban como encarcelados, obligándoles á pagar el tributo anual de 12 dracmas, y vendiendo, cual si fuesen esclavos, á los que se negaban á pagarlos (1). En Esparta se prohibia á los extranjeros que entrasen en la ciudad por temor de que corrompiesen sus severas costumbres (2).

8. La misma Roma, que, en cuanto á la gobernacion de los pueblos se elevó al más alto grado de civilizacion y de grandeza, no fué en manera alguna benévola con los extranjeros. El *Derecho civil* habia formado en Roma un círculo estrecho, en el cual no podian entrar aquellos. El derecho quiritario, las sábias fórmulas de las acciones de la ley, el pleno poder atribuido á la *mancipacion*, cuyas formas sacramentales no podian suplirse sino por la *usucapion*, las solemnidades de los testamentos y el conjunto del procedimiento, revelan las instituciones de un pueblo poco dispuesto á compartir sus privilegios con los demás. Solamente para los ciudadanos de Roma aparece el pretor urbano en su silla curul; para ellos solamente escribe todos los años en el *álbum* su edicto, y á ellos están reservados los privilegios de que goza en cualquier punto en que se encuentre el ciudadano de Roma.

La inferioridad de los extranjeros no se manifestaba tan sólo en los honores, como por ejemplo, en la prohibicion de vestir la toga, de usar un prenomen y otras distinciones semejantes; la legislacion romana, negando á los extranjeros el *jus quiritium* y el *derecho de ciudad*, los despojaba, no sólo de derecho de censo y de sufragio en los comicios populares, lo mismo que de los honores y de los derechos políticos, sino tambien del derecho de *connubium* y de patria potestad, del derecho de ser patrono, la propiedad quiritaria, la *usucapion* y la testamentifaccion activa y pasiva.

(1) Baquet, *Droit D'aubaine*, cap. III, núm. 22.

(2) Para más ámplios detalles, véase Laurent, *Estudios sobre la historia de la humanidad*, t. II, p. 103 y sig. (*N. de la trad.*)

En las leyes de las Doce Tablas se designa varias veces á los extranjeros con el nombre de *enemigos*, lo cual justificaba, hasta cierto punto, el gran cuidado con que los vigilaba el Gobierno y la facultad que se tomaba de expulsarlos de la ciudad cuantas veces lo aconsejaban la razon de Estado ó la carestía, como sucedió á propuesta de Junio Penno, de Papio Celso y de otros. El orador romano vituperaba esta costumbre declarándola inhumana: «Prohibir la residencia en la ciudad á los extranjeros es ciertamente inhumano. (1).»

Para obtener justicia no era permitido á los extranjeros presentarse ante el magistrado que la administraba á los ciudadanos romanos. Los que gozaban del *jus connubii* y del *jus commercii* eran juzgados segun las leyes romanas; los demás, si pertenecian á una de las naciones con quienes Roma tenia tratados, podian obtener justicia de un magistrado llamado *prætor peregrinus*, porque casi siempre ventilaba las desavenencias de los extranjeros. Estos eran juzgados segun el *Derecho de gentes*, y como estaba admitido que cada pueblo podia apropiarse las personas y las cosas del enemigo que caia en sus manos, considerándose como enemigos todos aquellos con quienes no habia tratado, pacto ó alianza, del mismo modo se admitia tambien un derecho de *postliminium* en tiempo de paz. «*In pace quoque postliminium datum est; nam si cum gente aliquâ neque amicitiam, neque hospitium, neque fœdus amicitiæ causa factum habemus, hi hostes quidem non sunt; quod autem ex nostro ad eos pervenit illorum fit et liber homo noster ab eis captus servus fit et eorum. Idemque est si ab illis ad nos aliquid perveniat. Hoc quoque igitur casu postliminium datum est.* (2).»

9. Por más que aparezca de lo que llevamos dicho cuán grande fué la severidad de la legislacion romana respecto á los extranjeros, por más que en las leyes de las Doce Tablas se haya escrito: «*Adversus hostem æterna auctoritas sto,*» principio tan rigurosamente interpretado en otros tiempos y cuya verdadera significacion es hoy conocida, debemos observar, sin embargo, que poco á poco fué templándose el rigor de la ley por la generosidad del pueblo y por la interpretacion de la misma ley. Así es que los extranjeros no tenian en Roma

(1) Ciceron, *De offic.*, lib. III, cap. XI.
(2) Dig., *De captivis*, etc. 1, V., § 2.

la *testamentifacccion* activa ni pasiva: «*Dedititiorum numero hæres institui non potest, quia peregrinus est, cum quo testamenti factio non est* (1);» mas por la institucion de los fideicomisos se logró admitirlos á la sucesion contra lo dispuesto por la ley. Observamos tambien, segun lo que refiere Ciceron, que los extranjeros podian aproximarse mucho á la condicion de los ciudadanos, poniéndose bajo el patronato y la clientela de un romano: «*Mortuo peregrino bona aut tamquam vacantia in fiscum cogebantur, si peregrinus ad aliquem veluti patronum adplicuisset eique clientelam dedisset; tunc enim, illo mortuo, patronus jure adplicationis in istius peregrini bona succedebat* (2).»

En apoyo de lo que decimos, podemos citar las leyes sumamente humanas sobre los naufragios, hechas para reprimir la codicia de los habitantes de las costas, y la moderacion digna de elogio del fisco: «*Si quando naufragio navis expulsa fuerit ad litus, vel si quando aliquam terram attigerit. ad dominos pertineat. Fiscus meus sera non interponat. Quod enim jus habet fiscus in alienâ calamitate ut de re tâm luctuosâ compendium sectetur?* (3).»

Posteriormente, cuando Roma sintió la necesidad de atraerse á los pueblos vencidos, les concedió algunos de los privilegios reservados á los ciudadanos romanos, y la severidad contra los extranjeros fué mitigada segun las condiciones de las naciones sometidas; y es importante observar aquí de qué modo los diferentes derechos, que eran al principio privilegio exclusivo del ciudadano de Roma, fueron, con una graduacion metódica y una hábil economía, distribuidos entre los diferentes pueblos. A los unos se les concedió el *jus connubii*; creóse para otros el *ius italicum*, y para los demás el derecho del Lacio, dividiendo los extranjeros en *italianos, provinciales* y *latinos*. Diferente era el modo, segun el cual se aplicaba el derecho á los pueblos de Italia, del Lacio ó de las provincias, y diverso tambien el derecho de los mismos pueblos, ya latinos, italianos ó provinciales, segun su condicion de municipios, de colonia, ó de prefecturas. La primitiva rudeza fué disminuyendo gradualmente, hasta el punto de que el

---

(1) Ulpiano, *Fragm.* XXII, § 22.
(2) Ciceron, *De orat.*, lib. I.
(3) Cod., 1, 1, *De naufragiis*.

derecho de ciudad fué concedido á algunos sin restriccion, hasta que se llegó á la Constitucion de Caracalla, que confirió el derecho de ciudadanos á todos los habitantes del imperio: «*In orbe romano qui sunt cives sunt Romani*» (1).

Verdad es que cuando se considera la causa que determinó la Constitucion de Caracalla, la admiracion que puede causar á primera vista, por una disposicion tan liberal, disminuye mucho. Segun Dion Casio, Caracalla promulgó esta disposicion solamente para aumentar el producto del impuesto sobre las herencias, y por esto debe considerarse como una medida verdaderamente fiscal. Desde que fué promulgada esta Constitucion, sobre cuyo valor se ha discutido tanto, se vieron desaparecer los *Latinos colonos* y los peregrinos que se hallaban en situacion de ser ciudadanos romanos en la época de la susodicha promulgacion; pero aún hubo *Latinos juntanos*, y se siguió considerando como peregrinos á los que sufrian una *capitis dominutio*, así como á los que, á causa de la conquista, fueron agregados al imperio. Esto prueba que Caracalla se cuidó del presente, no del porvenir, y que no determinó la condicion de los habitantes de las nuevas provincias que se agregaran despues al imperio. Quien suprimió todas las distinciones fué Justiniano, que declaró ciudadanos á todos los habitantes libres del imperio, y despues de él la *ciudad* no volvió á ser un elemento de *status* (2).

10. Resulta de todo lo dicho que, si bien fué muy rigurosa la legislacion romana respecto de los extranjeros, se fué dulcificando hácia los siglos IV y V de nuestra era, y en los primeros tiempos de la formacion de los Estados modernos, la distincion entre ciudadano y extranjero tenia tan poca importancia en comparacion de la que habia tenido bajo la legislacion romana, que no puede sostenerse de ningun modo que los derechos exorbitantes que fueron estableciéndose contra los extranjeros en tiempo de la invasion de los bárbaros hayan tenido su orígen en el derecho romano.

En la Edad Media, época de ruda barbárie y de injustas violencias, la condicion de los extranjeros fué sumamente triste. En algunos puntos, venian á ser esclavos del dueño de

(1) Dig., *De statu hominum*, 1, 17.
(2) Demangeat, *Droit romain*, p. 165.

la tierra en que habian ido á establecerse; en otros se habia concedido el derecho de vida y muerte sobre los extranjeros, y generalmente no se les permitia la entrada en el territorio sino con onerosas condiciones, y se les obligaba á pagar gravosos impuestos que hacian difícil su permanencia (1). No nos detendremos á enumerar todos los excesos cometidos en perjuicio de los extranjeros; pero vamos á fijar nuestra atencion en uno de ellos en particular, porque revela toda la barbárie de la legislacion de los tiempos en la Edad Media contra los hombres venidos de fuera, es decir, sobre el derecho de *aubana* ó *albinagio (a)*.

Estando considerados los extranjeros fuera del derecho comun, se les habia quitado la facultad de hacer testamento, por lo cual los bienes pertenecientes á un individuo fallecido en un territorio que no era el de su país, eran declarados libres, y se devolvian, ya al señor de la tierra, ya al fisco, áun con exclusion de los herederos legítimos. Hubo países en que prevaleció la inhospitalaria costumbre, en virtud de la cual sus habitantes se atribuyeron, *jure hospitii*, los bienes de los extranjeros fallecidos en su territorio. Esta monstruosa costumbre de considerar á los extranjeros incapacitados de heredar, la hallamos consignada en las leyes y en las capitulaciones de los bárbaros, y consideramos como más probable la opinion de los que pretenden que estos últimos la introdujeron cuando fueron á establecerse en los territorios conquistados

---

(1) Demangeat, *Condicion de los extranjeros*, cap. 1, núm. 6. *Ley sálica*, tít. 48, *De migrantibus*, § 1.

(a) *Aubana*. Empleamos esta palabra extraña, porque si bien no ha adquirido carta de naturaleza entre nosotros, algunos de nuestros autores la usan. La *Enciclopedia de derecho y administracion* (tomo V, página 346) la acepta; Escriche, en su *Diccionario de legislacion*, la emplea á la vez que las de *albana* y *albinagio*; Bello, *Principios de derecho de gentes*, la traduce por *albanagio*. Riquelme, *Elementos de derecho público*, usa de la frase *advenia*; el Sr. Azcárate, en su *Programa de legislacion comparada*, pág. 125, emplea tambien la palabra *albinagio*. Dudoso el orígen etimológico de la palabra francesa *aubaine*, pero admitida ya en general por los tratadistas, consideramos preferible la equivalencia castellana que más se aproxima al original de que procede; por este motivo usaremos indistintamente *aubana* ó *albinagio*.— (*Nota de la trad.*)

desde la caida del imperio (1). Segun sus leyes, solamente los que tenian derecho á llevar las armas podian ser propietarios.

11. Desde el siglo IX, hallamos designado bajo el nombre de *aubana* el derecho de apropiarse los bienes de los extranjeros; derecho que, en los tiempos del feudalismo, fué ejercido por los señores feudales, quienes se apropiaban los bienes de los extranjeros fallecidos en sus dominios. Cuando más adelante la monarquía hubo sometido á los señores y apropiádose sus derechos, el de *albinagio* fué considerado como una prerogativa de la corona y ejercido como un verdadero derecho de regalía hasta la época de la revolucion francesa y de sus nuevos Códigos.

No están acordes los autores acerca de la etimología de la palabra *aubain*, que servia para designar á los extranjeros. Sapey dice que este vocablo provenia de que los extranjeros estaban empadronados en un *álbum* (2); sostienen otros que el nombre de *aubains*, que es peculiar de los escoceses, se generalizó para designar á todos los extranjeros (3); otros consideran esta palabra como derivativa de *alibi nati* (4), dándola otros distintas interpretaciones. Lo que hay de cierto es que, bajo la fórmula de *Droit de aubaine*, *Derecho de aubana*, se han designado todos los derechos rigurosos que pesaban sobre los extranjeros, considerándolos como derechos de regalía en la mayor parte de las naciones de Europa *(a)*.

---

(1) *Leyes de los Anglos*, tít. 6, § 5; *Leyes de los Lombardos*, lib. III, tít. 45.

(2) *Los extranjeros en Francia*, pág. 52 y sig.

(3) Dragoumis, *De la condicion del extranjero*, p. 6.

(4) Demangeat, lib. cit., pág. 66 y sig.

(*a*) Pocos ó ningun dato preciso hallamos en las primeras compilaciones de España relativamente al derecho de *aubana*. La opinion de Escriche es muy terminante: «En España ni se ha impedido ni se impide á los extranjeros naturalizados ó no naturalizados disponer libremente de sus bienes por contrato entre vivos ó por última voluntad, ni tampoco se han confiscado ni confiscan los bienes de los intestados.» No parece muy conforme con esta opinion la de los escritores de la *Enciclopedia española de derecho y administracion*, que se limitan á indicar, que España ni fué la más extremada en este punto ni la última de las naciones que procuró aligerar estos onerosísimos derechos y

Debemos observar tambien que algunos autores han supuesto errôneamente que este derecho emanaba de los griegos y de los romanos, como sostiene Bodin en su *Tratado de la república*. Se halla combatida esta opinion por el testimonio de Ulpiano, que dice que, en ciertos casos, se permitia testar á los extranjeros segun las leyes de su patria; por el de Teófilo, que considera como una de las razones por las cuales debia admitirse el fideicomiso, la necesidad de templar el rigor de las leyes relativamente á los extranjeros, y por decreto de Adriano, que considera como tiránica la costumbre de su predecesor, de confiscar los muebles y demás efectos de los mercaderes extranjeros. Estos testimonios son suficientes para probar que no debe atribuirse al derecho romano el orígen del derecho de *albinagio*. Los que deseen profundizar la materia deberán leer las obras de Bacquet, Denizart, Gaschon y Demangeat (1).

---

áun abolirlos. En cuanto al derecho de testar, ya en el siglo XIII nuestras leyes del Fuero Real establecen preceptos justos, que guardan conformidad con los generalizados despues en Europa á impulsos del progreso y la civilizacion. La ley 2.ª, tít. 24, lib. IV de dicho Código previene «*que los romeros, quien quier que sean y donde quiera que vengan, puedan tambien en sanidad como en enfermedad facer manda de sus cosas segun su voluntad, é nenguno no sea osado de embarazarle poco ni mucho*;» y la ley 5.ª siguiente dice: «*Si romeros muriesen sin manda, los alcaldes de la villa do murieren reciban sus bienes é cumplan de ellos lo que fuera menester á su enterramiento, é lo demas guárdenlo é fáganlo saber al rey.*»—(*Nota de la trad.*)

(1) Deben leerse, en lo referente á la legislacion, competencia y derecho de los extranjeros, las siguientes obras: Bonfil, *De la competencia de los tribunales franceses respecto á los extranjeros en materia civil, comercial y criminal*; Dragoumis, *De la condicion civil del extranjero en Francia*; Guillet (Aug.), *De la condicion civil de los extranjeros en Roma y en Francia*; Jay (E.), *De la posesion de los derechos civiles en beneficio de los extranjeros*; Legat, *Código de los extranjeros*; Lebaron, *El Código de los extranjeros ó Recopilacion de las leyes y de la jurisprudencia inglesas concerniente á los extranjeros en el Reino-Unido de la Gran Bretaña*; Lobé, *Guia de los derechos civiles y comerciales de los extranjeros en España*; Okey, *Derechos, privilegios y obligaciones de los extranjeros en la Gran Bretaña*; Westoby, *Resúmen de la legislacion inglesa en materia civil y comercial para el uso de los extranjeros*; Salinas, *Manual de los de-*

12. Una de las naciones en que el derecho de *aubana* se aplicó en todo su rigor fué Francia, en donde los extranjeros estaban obligados á pagar cara la facultad que se les concedia de permanecer en el país. Inventáronse diversas formas de impuestos, que fueron rigurosamente aplicados á los extranjeros. No nos detendremos á examinarlas, pero haremos notar que estos no podian obtener justicia sino prometiendo pagar los gastos de la sentencia; que no podian contraer matrimonio sin pagar un impuesto designado con el nombre de *Droit de formariage*. Todos los jefes de familia, casados ó viudos, estaban además obligados á pagar un impuesto anual, el *Droit de chevage*, y cuando lo reclamaban las necesidades del Estado, estaban sometidos los extranjeros á impuestos extraordinarios y sumamente onerosos. Así fué, que por un edicto del mes de Setiembre de 1587, mandó Enrique III que todos los mercaderes extranjeros, sin excluir á los que estaban naturalizados, sacasen una cédula para residir en el reino, pagando un impuesto especial. Por una declaracion de 29 de Enero de 1693, sometió Luis XIII á los extranjeros que residian y poseian bienes en el reino á un nuevo impuesto, y Luis XIV, por edictos sucesivos, impuso á los extranjeros naturalizados la obligacion de hacer confirmar su carta de naturalizacion pagando otra.

Estas medidas rigurosas fueron á veces dulcificadas, pero solamente en favor de los mercaderes. Vemos, en efecto, que para animar á los italianos que comerciaban en los objetos de lujo y de arte, Felipe V, en 1349, dispuso que: «Todas las compañías de mercaderes, y espec almente los florentinos, los milaneses, los habitantes de Luca, los genoveses, los venecianos y los tudescos, si quieren comerciar y gozar de los privilegios del mercado, tendrán para sí y sus dependientes

*rechos civiles y comerciales de los franceses en España y de los extranjeros en general*; Sapey, *Los extranjeros en Francia bajo el antiguo y el nuevo derecho*; Schutzemberger, *Condicion civil de los extranjeros en Francia*; Soloman, *Ensayo jurídico acerca de la condicion de los extranjeros*. La segunda parte de la excelente obra de Mr. William-Beach-Lawrence, sobre Wheaton, comienza con un profundo estudio acerca de los derechos internacionales de la legislacion civil y criminal y del conflicto de las leyes. Es lo último que se ha publicado sobre el *Derecho internacional privado*.—*(N. P. F.)*

la facultad de residir en dichos mercados, sin tener por eso una estacion fija en ningun punto de nuestro reino, á donde podrán venir libremente, permaneciendo en él y volviendo á marchar con sus mercancías y sus conductores sin ser detenidos por nuestros guardias.» Algun tiempo despues Cárlos VII concedió á la ciudad de Lyon tres férias abiertas, y en el edicto de concesion declaró que todos los mercaderes que frecuentasen esas férias estarian exentos, durante su viaje, su permanencia y su regreso, del *derecho de aubana*. Luis XI, por sus cartas-patentes del mes de Marzo de 1462, concedió una cuarta féria, declarando en el art. 9.° que se concederia á los extranjeros el poder testar y disponer de sus bienes conforme á sus deseos; que el testamento hecho durante la féria ó inmediatamente antes ó despues, seria válido y tendria efecto como en la patria del testador; que si los forasteros fallecian durante la féria sin testamento, sus verdaderos herederos podrian sucederles segun los usos, costumbres y estatutos de su patria como si la herencia hubiese tenido lugar en su país. Estas disposiciones fueron confirmadas luego por Cárlos IX en sus cartas-patentes de 7 de Agosto de 1579 (1).

13. Las mismas medidas de rigor en perjuicio de los extranjeros hallamos adoptadas en Inglaterra, templadas tambien más adelante en favor de los mercaderes y en interés del comercio. Ningun extranjero podia efectivamente llegar á ser propietario de tierras, y si las adquiria en el reino eran restituidas al rey á título de *derecho de albinagio*. El primer acuerdo del Parlamento en este sentido se tomó en el reinado de Eduardo II, sometiendo todas las tierras de los Normandos al derecho de *aubana* y declarando extranjero á todo individuo nacido bajo una soberanía extranjera. El estatuto 2.° del décimoséptimo año del reinado de este monarca, capítulo 12, se expresa de este modo: «El rey tomará á título de derecho de *albinagio* las tierras de los normandos, cualquiera que sea el feudo á que pertenezcan, salvo, sin embargo, los derechos correspondientes á los señores que tienen dominio sobre dichos feudos.» Hallamos tambien en Inglaterra numerosas restricciones impuestas á los extranjeros. Por el estatuto 9.° del primer año del reinado de Ricardo III se estableció que los comer-

(1) Bacquet, *Derecho de albinagio*, cap. XIV.—Boerius, *Decis.*, 13.—Demangeat, *De la condicion de los extranjeros en Francia*, núm. 44.

ciantes extranjeros deberian vender sus mercancías al por mayor y solamente en los primeros ocho meses desde su introduccion en el reino, empleando su importe en adquisiciones de productos ingleses; que ningun extranjero pudiese vender ni comprar lana en el reino ni fabricar telas del mismo género; que tampoco podria tener oficio alguno ni ser sirviente. Los que quebrantaban semejantes disposiciones eran castigados con penas rigurosas. El estatuto 13 del vigésimo segundo año del reinado de Enrique VIII impedia á los extranjeros ejercer oficio alguno ó prefesion, y Cárlos II prohibió que se los emplease como agentes en las islas y colonias sometidas á S. M.

Nó obstante, como el comercio y el interés mercantil han sido siempre la principal mira de la nacion inglesa, en su política, en sus instituciones y en sus relaciones internacionales, se hizo necesario que su legislacion respondiese á las tendencias del pueblo inglés, y para fomentar el interés comercial y las transacciones, concediéronse, segun las necesidades, algunas ventajas á los mercaderes extranjeros. Así es que hallamos, hácia los tiempos de Juan sin Tierra (1215), algunas disposiciones en favor de los mercaderes (artículo 50), y las encontramos aún más numerosas en épocas posteriores, segun las necesidades del comercio. Sin que las enumeremos todas, notaremos solamente que, en tiempo de Jorge II, en el vigésimo segundo año de su reinado, para fomentar la pesca de la ballena, se promulgó un estatuto, por el cual se concedia la ciudadanía inglesa á todo extranjero que hubiese servido durante tres años en un buque inglés consagrado á esta pesca. Antiguamente la ciudadanía inglesa se conferia por interés político. Así es que bajo el mismo Jorge II, en el décimotercio año de su reinado, para favorecer la emigracion de los protestantes, que por ser objeto de vejaciones en Europa se refugiaban en las colonias inglesas, se publicó un estatuto por el que se conferia la ciudadanía inglesa á todo extranjero que hubiese habitado en las colonias durante siete años. Bajo Jorge III, para favorecer la Sociedad de las Indias, que tenia necesídad de un empréstito, se concedió á los extranjeros el derecho de disfrutar de la hipoteca sobre los fundos libres ó enfitéuticos existentes en las Indias.

Todo esto revela el espíritu de la legislacion inglesa y demuestra hasta la evidencia que en Inglaterra ha surgido el

comercio con las mismas instituciones del país. Así es que, además de las disposiciones rigurosas relativas á los extranjeros dictadas por el interés comercial, hallamos en el quinto año del reinado de Jorge I el estatuto 27, por el cual se prohibe á los ingleses trasladar su industria y sus fábricas á país extranjero, bajo pena de perder su nacionalidad y de verse incapacitados de heredar y de recibir ningun legado en Inglaterra, si no regresaban á los seis meses contados desde el dia en que recibieran aviso del cónsul ó del ministro inglés.

14. Las primeras tentativas para templar las disposiciones rigurosas contra los extranjeros fueron hechas por la Iglesia, la cual no podia conciliar los derechos inhumanos de *aubana* y de naufragio con los preceptos de una religion enemiga de toda desigualdad entre los hombres; así fué que, en los lugares en que el derecho canónico tenia alguna autoridad, se templaron bastante los rigores contra los extranjeros. Otros paliativos vinieron á introducir la civilizacion, el progreso y la necesidad de ensanchar las relaciones con los de otra nacion. Así fué como se hicieron los convenios diplomáticos basados en el sistema de reciprocidad, por los cuales se ha tratado de asegurar á sus propios súbditos residentes en país extranjero algunas ventajas, concediéndolas semejantes á los súbditos extranjeros que residen en el territorio del Estado.

Varios tratados se han celebrado para la abolicion del derecho de *albinagio* con cláusula de reciprocidad, pero por los procedimientos se hubiera llegado muy tarde á una reforma radical de la legislacion interior de los nuevos Estados, si la revolucion de 1789 no hubiera venido á modificar completamente las bases de todas las cuestiones sociales y políticas.

La revolucion francesa, que tuvo por objeto reinvindicar los derechos del hombre por las reformas radicales, que introdujo en todas las instituciones sociales y por las ideas filantrópicas con las cuales trasformó el pasado, no podia conservar las barreras que tenian divididos á los pueblos. La Asamblea constituyente proclamó, en efecto, que el derecho de *albinagio* era contrario á los principios de fraternidad que debian unir á todos los hombres, cualesquiera que fuesen su país y su Gobierno; que este derecho, adoptado en los tiempos bárbaros, debia ser proscrito por un pueblo que habia fundado su Constitucion en el respeto de los derechos del hombre y del ciudadano, y que la Francia libre debia abrir sus puertas

á todos los pueblos, invitándoles á venir á disfrutar, bajo un Gobierno libre, de los derechos sagrados é inviolables de la humanidad (1). El 6 de Agosto de 1790, formulando la Asamblea constituyente estos principios en disposiciones legislativas, decretó la abolicion del derecho de *aubana* sin reciprocidad, y por un decreto subsiguiente del 8 de Abril de 1791, los extranjeros, aunque no residiesen en Francia, fueron admitidos á recoger la herencia de un francés. Encontramos, además, otras disposiciones generosas en fávor de los extranjeros, en la ley de 9 de Marzo de 1793.

15. Cuando al sistema republicano siguió un régimen monárquico con el nombre de Consulado, no pudieron triunfar las ideas cuerdamente liberales de la Constituyente respecto á los extranjeros. Dos sistemas podian seguirse en la redaccion del Código civil: ó admitir á los extranjeros al goce completo de los derechos civiles sin reciprocidad, lo cual hubiera estado conforme con los principios de la equidad natural, ó consagrar el sistema de la reciprocidad, por el que se habria concedido á los extranjeros algunas ventajas bajo las bases de las relaciones diplomáticas existentes con la nacion á que pertenecieran. Prevaleció este último sistema, y el art. 11 del Código civil establece que los extranjeros gozarán en Francia los mismos derechos civiles que los concedidos á los franceses por los tratados con la nacion á que aquellos pertenecen.

Dicho artículo, por la forma indeterminada en que se halla redactado, abre ancho campo á lo arbitrario. Tal vez se adoptó esta fórmula para dar al primer cónsul mayor fuerza ante las potencias extranjeras, pero no puede conciliarse con los progresos de la legislacion de los tiempos modernos. Querer que dependa de los tratados el ejercicio de los derechos civiles de los extranjeros, es un principio de otros tiempos que hace incierto todo derecho de cualquier género que sea. Este principio subordina á consideraciones políticas exteriores, á las alianzas y amistades de los soberanos, la condicion civil de una clase numerosa de individuos que podrian verse privados de sus derechos, si una circunstancia cualquiera venia á destruir la armonía entre los soberanos. Nos complacemos en creer que no es este el espíritu de la ley, y que el legislador

(1) Massé, *Droit commercial*, lib. II, tít. 2, cap. 1, sec. 1, § 1.

francés no podria aplicar el art. 11, que se halla en contradiccion con los principios de la civilizacion moderna; pero no cabe duda en que la redaccion del artículo es anti-liberal, sobre todo teniendo en cuenta el valor significativo de las palabras *por los tratados*, y el sentido indeterminado de las otras palabras *derechos civiles*, por las cuales pueden entenderse todas las facultades reconocidas y sancionadas por la ley civil.

No queremos detenernos á comentar el art. 11; notaremos tan sólo que la interpretacion que le han dado los jurisconsultos y la manera con que se ha aplicado, han hecho desaparecer los inconvenientes que envolvia su redaccion. En efecto, interpretando benignamente las palabras, se ha venido á demostrar que el derecho de propiedad inmobiliaria y los derechos secundarios, que son su consecuencia; el derecho de comparecer personalmente en juicio, el derecho de contraer matrimonio, aunque sea con una francesa, y los demás derechos civiles pertenecen á los extranjeros independientemente de todo tratado; de suerte que la disposicion del art. 11, que seria indeterminada no ateniéndose más que á la letra, ha sido solamente aplicada, por la manera con que se ha apreciado el espíritu de la legislacion, á ciertos derechos expresamente negados por la ley francesa á los extranjeros por razon de reciprocidad, como por ejemplo el derecho de presentarse en juicio como demandante sin prestar su fianza, *judicatum solvi*; el derecho de heredar *ab intestato* y de recibir por donacion ó por testamento con exclusion del beneficio de la cesion judicial (1); la sumision de pleno derecho á la prision por deudas, y queda, por consiguiente, establecido que el extranjero goza en Francia de todos los derechos civiles concedidos á los mismos, exceptuando sólo aquellos que les están expresamente negados por disposiciones especiales de las leyes.

---

(1) «*E di ricevere per donazione ó per testamento ad esclusione del beneficio della cesioni giudiziaria.....*» Tal es el texto, cuyo sentido nos vemos precisados á confesar, que no nos parece suficientemente claro. ¿Ha querido decir el Sr. Fiore que los extranjeros no están admitidos por la ley civil al beneficio de la cesion de los bienes? (*a*)

(*Nota de Mr. P. P. F.*)

(*a*) Las frases de Fiore: *e de ricevero per donazione o per testamento ad esclusione del beneficio della cesione giudiziaria*, no parecen suficiente-

Observemos, finalmente, que las disposiciones relativas á los derechos de herencia, disposiciones consignadas por los artículos 726 y 912 del Código de Napoleon, han sido modificadas por la ley de 14 de Julio de 1819. El art. 726 aplica textualmente la incapacidad general del art. 11 al derecho de recoger una herencia en Francia, y el art. 912 establece que no se puede de ninguna manera disponer en favor de un extranjero sino en el caso en que éste podriá disponer en favor de un francés. Estos dos artículos reproducen bajo otra forma el derecho de *aubana* que se habia querido proscribir (1), y, como observa Zacharia, por muy grande que sea la diferencia entre este derecho y el determinado por los susodichos artículos, no cabe duda, sin embargo, que han sido la consecuencia de la doctrina de la Edad Media. La ley de 1819 corrigió esta anomalía, declarando que los extranjeros pueden heredar, recibir y disponer en toda Francia como los franceses, áun sin reciprocidad, excepto en el caso en que haya que compartir una misma herencia entre coherederos franceses y extranjeros, pues entonces los coherederos franceses pueden apartar de los bienes existentes en Francia una porcion igual al valor de los que existen en país extranjero, de los cuales sean excluidos bajo cualquier título, en virtud de las leyes ó de las costumbres locales (2).

---

mente claras á M. P. Foderé, que de un modo dubitativo las aplica al beneficio de la cesion de bienes. A nuestro juicio, el sentido de las palabras de Fiore se aplica en efecto á la cesion judicial de bienes, admitida por los artículos 1.266 y 1.268 del Código civil francés, á la cual se refiere el art. 898 del Código de procedimientos civiles, artículo 898, llamándola ya simplemente *cesion judicial*, frase que acaso sirvió á Fiore para expresar el concepto, acaso impropio, pero en realidad tomada de la misma ley.

Mas esta exclusion de los extranjeros del beneficio de la cesion de bienes ó cesion judicial, parece que no tiene lugar cuando el extranjero obtuvo autorizacion para fijar su domicilio en Francia. Véanse Toullier, Pardessus, Pigeau, Berriat, Duranton y Favard.—(*N. de la trad. españ.*)

(1) Zacharia, *Derecho civ. francés*, t. I, § 60.

(2) Véase la exposicion de los motivos de esta ley por De Serres.

Hay que advertir que esta ley de 14 de Julio de 1819, que ha permitido á los extranjeros recoger la sucesion y recibir las donaciones ó legados de la misma manera que los franceses, ha tenido un fin ex-

16. Por lo que se refiere á la condicion de los extranjeros en Inglaterra en los tiempos modernos, observaremos que esta parte de la legislacion no ha sido metodizada ni regularizada hasta el reinado de la reina Victoria. Se hicieron algunos ensayos en tiempo de Jorge II, pero fueron infructuosos. Por vez primera en 1843 presentó Mr. Hutt á la Cámara de los Comunes un *bill* para modificar la condicion de los extranjeros y reformar la legislacion en este punto. La Cámara de los Comunes juzgó esta proposicion como demasiado liberal, y el *bill* fué desechado, manifestando, sin embargo, el deseo de revisar esta parte de la legislacion y de disminuir los obstáculos para la naturalizacion, á cuyo fin, y á propuesta del mismo Mr. Hutt, se nombró una comision para estudiar la parte de la legislacion relativa á los extranjeros y para proponer las modificaciones oportunas. La comision presentó su dictámen y sus proposiciones el 2 de Junio de 1843, y despues de un largo debate la condicion de los extranjeros fué determinada por el estatuto 7 y 8 de Victoria, promulgado el 6 de Agosto de 1844, artículos 7 y 8.

Este estatuto modificó varias disposiciones y suprimió algunas; determinó las condiciones para obtener la naturalizacion y aceptó muchas de las proposiciones del comité, pero desechó la relativa á que los extranjeros pudiesen poseer bienes inmuebles en Inglaterra, capacidad que la política recelosa y poco motivada del Parlamento no quiso conceder.

No nos detendremos en exponer todos los derechos positivos concedidos á los extranjeros por la moderna legislacion inglesa; basta con haber consignado que la condicion de los extranjeros ha sido legalmente establecida en 1844 durante el reinado de la reina Victoria, y modificada posteriormente por un estatuto promulgado en el onceno año de dicho reinado, capítulo 20. Para los pormenores, puede leerse la obra de Le

---

clusivamente utilitario y económico. En 1819 no se guiaron por los motivos de generosidad y de fraternidad universal que habian inspirado á la Constituyente. Las Cámaras de la restauracion se propusieron solo atraer los capitales extranjeros, dando á las personas que viniesen á establecerse en Francia ó adquiriesen bienes raices, la seguridad de trasmitirlos libremente á sus parientes ó amigos áun cuando fuesen extranjeros.

Baron, en que se encuentra una exposicion exacta de la legislacion inglesa (1).

17. Por lo que concierne á la condicion actual de los extranjeros ante nuestra legislacion, debemos hacer observar que el Código civil italiano, promulgado despues de la Constitucion del reino de Italia, ha fijado definitivamente la condicion de los extranjeros, admitiendo, con respecto á ellos, los principios liberales, que son el complemento de nuestras tradiciones.

Nuestro Código, no sólo ha igualado la condicion del extranjero á la del nacional en todo lo que se refiere al goce de los derechos civiles (art. 3), sino que además, imitando en esto la laudable iniciativa de Bélgica, ha querido codificar los principíos, segun los cuales deben aplicarse las leyes extranjeras y establecer algunas bases para resolver los conflictos de las legislaciones, bases y principios cuya sabiduría apreciaremos mejor en los capítulos sucesivos.

En verdad, nunca han sido adoptadas entre nosotros las enormidades que formaban la razon comun de los demás Estados de Europa, y principalmente los derechos de *aubana* y de *naufragio*. En el antiguo reino de las Dos Sicilias encontramos, desde los tiempos de Federico de Suabia, dos Constituciones de donde tomaron orígen las auténticas *Omnes peregrini* y *Naviglia*; una con el título de Código: *Communia de successionibus*, y la otra bajo el título *De furtis et servo cor-*

---

(1) Le Baron, *El Código de los extranjeros, ó Compilacion de las leyes y de la jurisprudencia inglesas concerniente á los extranjeros.*—Westoby, *Resúmen de la legislacion inglesa.*—(*Fiore*).

Los extranjeros no podian efectivamente poseer en Inglaterra más que bienes mobiliarios. En cuanto á los bienes inmuebles, antes del *acta* de 1870, no podian ser propietarios de ellos por cuanto la corona tenia el derecho de reclamar todos los que adquiriesen; tampoco podian antiguamente tomar estos bienes por un contrato que durase más de veintiun años. La facultad de tomar, en virtud de contrato, bienes inmobiliarios no ha sido concedida á los extranjeros hasta 1844. Por lo demás, gozan estos de todos los otros derechos civiles, pudiendo ejercer cualquier comercio ó industria. Gozan igualmente de los derechos comunales contribuyendo á sus impuestos.

(*P. F.*)

*rupto* (1). Por la primera, mientras este emperador daba á los extranjeros plena facultad para testar, les privaba de sus bienes, confiando á los obispos locales la obligacion de consignarlos á sus herederos. Por la segunda, derogaba la costumbre universal de apropiarse las cosas que no tenian dueño. Tambien hallamos bajo Cárlos V (2) disposiciones generosas en favor de los náufragos. Mientras que en la mayor parte de los países de Europa el derecho de apropiarse los bienes de los extranjeros era considerado como un verdadero derecho de regalía, entre nosotros el derecho de *aubana* se aplicaba solamente á los ciudadanos de los Estados que lo practicaban en detrimento de nuestros nacionales. Esto sucedia en el reino de las Dos Sicilias, en donde, antes de la promulgacion del Código, que estableció como regla la reciprocidad (art. 9.°), el derecho de *aubana* estaba proscrito por los tratados existentes con diversos Estados. En la coleccion de pragmáticas, bajo el título de *fœdera*, se encuentran varios tratados estipulados en vista de la capacidad mútua de heredar entre los nacionales respectivos; en los tratados, por ejemplo, con Suecia, Holanda, Dinamarca, la Puerta Otomana, Rusia, y en el verificado entre Luis XV y Cárlos III de España en 1762. No negaremos que los extranjeros, áun aquellos á quienes se concedia el derecho de heredar y poseer bienes, estuviesen sometidos á ciertas disposiciones onerosas, como por ejemplo, la *gabella hereditaria*, que consistia en un derecho de detraccion, al cual estaban sometidos los extranjeros á quienes se permitia heredar en el reino de las Dos Sicilias, ó que, por cualquier título, adquirian bienes. Este derecho fué abolido por razon de reciprocidad para los súbditos austriacos por un convenio celebrado en Viena el 19 de Abril de 1844, y para los súbditos de otros varios Estados por tratados posteriores. Los extranjeros que poseian bienes raíces y que estaban domiciliados fuera del país, se hallaban sujetos á una contribucion fiscal extraordinaria llamada derecho de *valimento*, y por temor que defraudasen al fisco con ventas simuladas de sus propiedades á los naturales, no se les permitia trasmitir sus bienes por enagenacion á los ciudadanos que residian en el reino, sin haber obtenido antes la autorizacion real. Esta medida, tomada por

(1) Cod., lib. IV, tít. 59, tít. 2.
(2) Rocca, *Dirito civile internazionale*, parte 1.ª, cap. IV.

Víctor Amadeo en 1714 para la Sicilia, se extendió tambien á Nápoles; más aún, en 1745 se estableció que la efectiva y real enagenacion en favor de los naturales del país no podia suprimir las cargas á que se hallaban afectas las propiedades de los extranjeros, á ménos de que fuese por gracia soberana ó por transaccion con el fisco.

Cuando en el antiguo reino de las Dos Sicilias se sustituyeron con el Código (26 de Marzo de 1819) las Constituciones, las «*capitoli,*» las pragmáticas y las costumbres generales y locales, el legislador estableció el sistema de la extricta reciprocidad. En el art. 9.° del Código mencionado se encuentra escrito: «Perteneciendo el ejercicio de los derechos civiles y de los derechos políticos á los naturales del reino de las Dos Sicilias, el de los derechos civiles solamente corresponde:

1.° A los extranjeros, respecto de aquellos derechos que la nacion á que pertenecen concede á los naturales, salvo las excepciones á que podrian dar lugar las transacciones diplomáticas.

2.° A los extranjeros admitidos por el Gobierno para establecer su domicilio en el reino, por todo el tiempo que sigan residiendo en él.»

El art. 617 dice: «Un extranjero es admitido á heredar los bienes que el extranjero ó el nacional poseian en el territorio del reino, conforme al art. 9.°, núm. 2.»

Segun estos artículos, puede suponerse que los extranjeros á quienes se permitia fijar su domicilio en el reino de Nápoles, eran considerados jurídicamente como capaces de gozar de todos los derechos civiles, y por consiguiente del de testar y del de heredar, de comparecer en juicio, de enagenar, etc., cuya facultad se concedia tambien á los extranjeros que no estaban domiciliados en el reino, pero á cambio de reciprocidad.

En las legislaciones vigentes en los demás Estados en que se dividia Italia, en cuanto al goce de los derechos civiles concedidos á los extranjeros, lo que predominaba era el sistema de la reciprocidad, segun el cual estaban tambien determinadas las reglas para las herencias. Vamos á reproducir aquí algunas de las disposiciones particulares que no se hallan en el Código de las Dos Sicilias. Los artículos 26 y 27 del Código de Cárlos Alberto para los Estados de Cerdeña están conformes con el espíritu de los artículos 9.° y 647 del Código de

las Dos Sicilias. El art. 28 contiene una disposicion enteramente especial: «Los extranjeros no podrán adquirir ni tomar en prenda, ni alquiler, ni arrendar bienes raíces en el territorio del Estado, situados á menor distancia de cinco kilómetros de la frontera, bajo pena de nulidad del contrato. Las propiedades que se encuentran en estas condiciones no podrán tampoco ser adjudicadas á ningun extranjero en pago de lo que le sea debido, pero deberán sacarse siempre á pública subasta y se reintegrará á aquel con el producto de la renta. Todo esto sin perjuicio de otras prohibiciones mayores para algunos de los Estados extranjeros establecidas por los tratados.»

El art. 702 del mismo Código dice tambien: «El extranjero que posea bienes en el Estado puede disponer de ellos por testamento, aunque sea en favor de otro extranjero, segun el artículo 26 *(el cual sanciona el sistema de reciprocidad).* En el caso en que no pudiese disponer segun este artículo, podrá, no obstante, hacerlo en favor de un súbdito sardo.»

En el Código para los Estados de Parma y Plasencia se lee en el art. 1.402: «Bajo pena de nulidad de contrato, los extranjeros no pueden adquirir, ni áun en pública subasta, ni directamente, ni por intermediarios, cuando se trata de bienes raíces, siempre que esta facultad no les haya sido garantizada por medio de tratados ó por declaraciones, ó si no obtuvieron anteriormente la autorizacion;» y el art. 619, párrafo 5, dispone que «El extranjero que haya adquirido propiedades territoriales en estos ducados, cuando no pueda disfrutar de las disposiciones del art 32 *(que sanciona el principio de la reciprocidad)*, podrá disponer áun por testamento, con tal que sea en favor de un ciudadano de estos Estados.»

En la legislacion toscana vemos la condicion de los extranjeros especialmente favorecida para atraerlos hácia determinados centros de comercio. Son notables bajo este punto de vista las leyes de Fernando I para atraer á los extranjeros al puerto de Liorna. *(Ley de 10 de Junio de* 1593*)*. En cuanto á la capacidad de los extranjeros para adquirir bienes raíces ó para recibirlos por liberalidad testamentaria ó por herencia legítima de los naturales del país, prevaleció el sistema de reciprocidad, sancionado por el *motu propio* de 1784 y por la ley de 18 de Agosto de 1814. El art. 30 de esta ley dice: «Todos los extranjeros pertenecientes á un país en el cual los súbditos toscanos no estén excluidos de las sucesiones son aptos

para heredar en los Estados toscanos del mismo modo que sus propios súbditos;» pero más adelante la capacidad de los extranjeros de heredar y de adquirir en Toscana fué notablemente modificada por el *motu propio* soberano de 11 de Noviembre de 1835, que abolió casi completamente el sistema de la reciprocidad, reconociendo que el hecho de excluir á los extranjeros de las sucesiones por derecho de reciprocidad, era contrario á los verdaderos intereses del Estado.

El art. 1.° del *motu propio* que acabamos de mencionar dice: «Los extranjeros, cualquiera que sea su nacionalidad, serán admitidos en lo sucesivo á heredar en toda la extension del territorio de nuestros Estados, por testamento *ab intestato*, á adquirir á cualquier título, áun á título lucrativo, del mismo modo que nuestros súbditos, de la misma manera, con los mismos efectos, *sin que se pueda oponer á ninguno de ellos la existencia de leyes que prohiban á los toscanos heredar ó adquirir en los Estados á que pertenecen esos extranjeros.*»

El principio liberal sancionado en el art. 1.° quedó luego modificado en el único caso de competencia entre coherederos toscanos y extranjeros por el art. 2.°: «En el caso de particion de una herencia conferida, por acto de postrimera voluntad ó por disposicion de la ley, á herederos toscanos y extranjeros y compuesta de bienes situados, parte en Toscana y parte en país extraño, los herederos toscanos podrán apartar de los bienes situados en el Gran ducado una parte igual en valor á los bienes situados en el extranjero, de cuyos bienes estuviesen excluidos por las leyes y estatutos de ese país; disposicion que se aplicará tambien á los herederos á título particular y á los legatarios.»

En el ducado de Luca, el art. 53 del decreto relativo á las herencias, de 22 de Noviembre de 1818, estableció que: «Los extranjeros pertenecientes á un Estado, en el cual los súbditos lucanos no estén excluidos de las herencias, son admitidos á suceder, del mismo modo que heredan sus propios súbditos.»

Observemos tambien que, segun el reglamento legislativo sancionado por Gregorio XVI, que ha estado en vigor en los Estados pontificios desde 1.° de Enero de 1835 (1), se halla estable-

(1) Lo que dice aquí el Sr. Fiore ha caducado por los acontecimien-

cido, título II, art. 8, que: «Los extranjeros pueden heredar por voluntad testamentaria ó *ab intestato*, y adquirir en los Estados pontificios, siempre que por las leyes en vigor en los países extranjeros, los súbditos de dichos Estados sean aptos para heredar ó adquirir, salvo lo que dispongan las convenciones políticas y los tratados.»

Por último, el art. 9.° del título preliminar del Código civil del canton del Tessino, dice lo siguiente: «Las leyes favorecen y obligan igualmente al extranjero en cuanto habite, contrate, posea ó pueda adquirir en el canton. No obstante, para disfrutar de los beneficios de la ley, el extranjero deberá probar que los tessinenses son admitidos con iguales derechos en el Estado á que él pertenece. El extranjero es excluido siempre de los derechos cuyo ejercicio exige esencialmente la cualidad de ciudadano tessinense.»

Cualesquiera que hayan sido entre nosotros las restricciones relativas al derecho de enagenar y las cargas impuestas á los extranjeros, es indudable, sin embargo, que en los tiempos modernos,—podemos decirlo con satisfaccion,—el Código civil italiano ha marcado un verdadero progreso, pues ha querido poner en armonía los derechos de los extranjeros con el principio de nacionalidad, que es la base de nuestro derecho público.

18. Por lo que concierne á la condicion de los extranjeros en algunas otras legislaciones, observaremos que, en Holanda, segun el art. 9.° de la ley de 15 de Mayo de 1829, el derecho civil del reino es el mismo para los extranjeros que para los holandeses, á ménos de que la ley haya declarado expresamente lo contrario. El art. 33 del Código austriaco establece que los extranjeros gocen de los mismos derechos que los indígenas cuando no es exigida la condicion de ciudadanía, pero en los casos dudosos el derecho de *aubana* permanece en vigor. En España, segun el art. 18 del Código de Comercio, los extranjeros que hayan obtenido naturalizacion ó vecindad por los medios que están prescritos en el derecho, podrán ejercer libremente el comercio con los mismos derechos y obligaciones que los naturales del reino. Los «que no hayan obtenido

---

**tos de los últimos años, pues ya no hay Estados Pontificios, sino reino de Italia.** (*Nota de la trad.*)

la naturalizacion ni el domicilio legal, podrán ejercer el comercio en territorio español bajo las reglas convenidas en los tratados vigentes con sus Gobiernos respectivos, y, en el caso de no estar éstas determinadas, se les concederán las mismas facultades y franquicias de que gocen los españoles comerciantes en los Estados de que ellos proceden (*a*). En Rusia no

(*a*) Art. 19. Dice además el art. 20: «Todo extranjero que celebra actos de comercio en territorio español, por el mismo hecho se sujeta en cuanto á ellos y sus resultas é incidencias á los tribunales españoles, los cuales conocerán de las causas que sobrevengan, y las decidirán con arreglo al derecho comun español y á las leyes de este Código.»

Reducidas son las noticias de Fiore por lo tocante á la condicion legal de los extranjeros en España. Forzoso nos será ampliarlas algun tanto. En la nota (*a*) de la pág. 43 sobre el llamado derecho de aubana ó albinagio hemos citado dos leyes del Fuero Real referentes al derecho de sucesion, concedido antes que en parte alguna con absoluta amplitud. Conviene ahora mencionar la ley 4.ª, tít. 7.°, partida 5.ª, que otorga á toda clase de extranjeros, cristianos, judíos ó moros, así vengan como mercaderes á las férias, como en *otra sazon cualquier*, que sean salvos sus cuerpos, sus haberes, su mercadería y todas sus cosas así en mar como por tierra. ¡Derecho verdaderamente humano y racional que arraigó en España desde mediados del siglo XIII! Varias disposiciones contenidas en la Novísima Recopilacion regularizan despues la situacion legal de los extranjeros, aunque sin variar esencialmente los derechos fundamentales que las antiguas ya citadas le concedieron, si bien ciertas restricciones de índole política y administrativa vinieron á consignar algunas diferencias.

Nuestro derecho vigente en la Península se contiene en el decreto de 17 de Noviembre de 1852, y en el art. 2.° de la Constitucion de 30 de Junio de 1876, copia literal del 25 de la de 1869. Los extranjeros pueden, por lo tanto, establecerse libremente en territorio español, ejercer su industria y dedicarse á cualquiera profesion, para cuyo desempeño no exijan las leyes títulos de aptitud expedidos por las autoridades españolas; pueden adquirir y poseer bienes inmuebles; pueden disponer libremente de sus bienes por contrato entre vivos ó por última voluntad; muertos *ab intestato*, la herencia se entrega á sus sucesores legítimos, aunque sean extranjeros. En cuanto á la jurisdiccion para conocer de sus asuntos, el decreto de 6 de Diciembre de 1868 y el art. 333 de la ley orgánica del poder judicial los sometieron á la ordinaria, ó sea á los tribunales comunes, derogando en este punto el decreto de 17 de Noviembre de 1852 sobre el fuero de extranjería.

pueden ejercer los extranjeros el comercio sino á condicion de estar inscritos en un *gremio* ó division del órden de los comerciantes (1).

---

En Ultramar rige la ley especial de extranjería de 4 de Julio de 1870, que se inspira en principios ámplios de derecho, y salvo algunas limitaciones de órden y policía políticos, otorga á los extranjeros las mismas facultades y derechos que á los españoles: ejercicio de industria y comercio, derecho de adquirir y poseer bienes, libre disposicion de ellos por todos los medios legales. (N. de la trad).

(1) Massé, *Derecho comercial*, l. c.

# CAPÍTULO III.

## CONSIDERACIONES HISTÓRICAS SOBRE LAS RELACIONES DE VASALLAJE (*a*).

**19. Orígen de la relacion de vasallaje en la Edad Media.—20. De la idea del vasallaje despues de Carlo-Magno.—21. Establecimiento del vasallaje en Inglaterra.—22. En los Estados modernos el vasallaje ha sido diferentemente considerado, segun la preeminencia del derecho feudal ó del derecho romano.**

19. El vasallaje es una de las principales relaciones que determinan la subordinacion del individuo á la autoridad soberana y á la ley de su patria. Habiendo sido doble el sistema seguido para determinar la base de esa relacion, creemos indispensable exponer primeramente algunas consideraciones históricas para explicar la razon de estos sistemas.

Dos elementos hubo en la Edad Media, de donde derivó el vasallaje; elementos muy distintos en las dos partes de las poblaciones sometidas á los francos y á los demás reyes bár-

---

(*a*) Como el lector comprenderá, empleamos aquí la palabra *vasallaje* en equivalencia á la italiana *sudditanza*, en el sentido de ser súbdito de un país, cualquiera que sea su forma de gobierno (monarquía, república ó imperio), pues en todo este capítulo casi se concreta Fiore á indagar el orígen de la relacion entre el súbdito y el Estado, atribuyéndole, como se verá por el texto, dos fuentes: la idea que de ella tenia el derecho romano y la que tenia el feudalismo.—(*N. de la trad.*)

baros. Los francos, que se consideraban en todo y por todo como los herederos de los derechos del imperio, impusieron el juramento de fidelidad á sus súbditos, y con preferencia á los que habitaban la ciudad, para imitar á los emperadores romanos, que exigian el juramento á los ciudadanos y habitantes de las provincias. El juramento de fidelidad ha sido una de las formas por las que se estableció la relacion de vasallaje, puesto que ligaba indisolublemente el ciudadano á su soberano. El otro elemento creador del vasallaje ha sido la consecuencia natural de las costumbres tradicionales de las tribus germánicas (1), conducidas generalmente por un jefe rodeado de guerreros, que se consagraban voluntariamente á él con fidelidad y sumision. Los guerreros llegaban á ser para su jefe (*a*) sus fieles y verdaderos compañeros de armas, y este lazo que les unia se estrechó más y más cuando empezaron á recibir de él algun beneficio, y se sintieron obligados á la fidelidad por reconocimiento y gratitud. Consistian primeramente estos beneficios en dádivas y honores, como por ejemplo, sentarse á la mesa de su jefe ú obtener de él armas, caballos y otras cosas equivalentes; más adelante, cuando los jefes por sus conquistas sobre el imperio llegaron á poseer tierras, compartieron éstas entre sus fieles servidores, y de este modo obtuvieron guerreros ciertas porciones de terrenos, que más tarde se llamaron feudos, y la fidelidad y sumision á su señor fueron para ellos una obligacion de reconocimiento y gratitud.

Andando el tiempo, en medio de las violencias y de la confusion general, se fué haciendo cada vez más difícil, áun para los propietarios alodiales é independientes, defender sus propiedades sin ponerse bajo la proteccion de un señor. Se introdujo, pues, la costumbre de encomendar la seguridad y la defensa de su propia persona y de sus propios derechos á un señor, y poco á poco se organizó el régimen feudal (2). Así

---

(1) Westlake, *Conflit of Laws*, cap. II.

(*a*) Fiore emplea indistintamente las palabras *capitano* ó *condottiero*, que nosotros traduciremos generalmente por la palabra *jefe*, porque si bien tiene un sentido demasiado ámplio, nos evitará en cambio incurrir en anacronismos.—(*N. de la trad.*)

(2) En medio de una sociedad entregada á todas las violencias, los propietarios alodiales, libres de toda carga, pero aislados y por

fué, dice Guizot, como se fué formando gradualmente esa gerarquía de propiedades y de personas, que debia constituir con el tiempo la *feudalidad*. De este modo, por la division progresiva de los beneficios se fué extendiendo de dia en dia esa série de grandes y pequeños vasallos unidos unos á otros por iguales obligaciones, siendo la primera la fidelidad, que constituia el título de su posesion. Aunque por su encadenamiento gradual de intermediario en intermediario esas obligaciones ligasen al soberano con el mayor número de beneficiados y les impusiesen ciertos deberes directos ó indirectos de fidelidad, sin embargo, en una sociedad de fuerza y nueva, era esta relacion tan lejana y tan poco poderosa, que no pudieron realizarse por completo el vasallaje y la unidad de la monarquía. Las relaciones más eficaces eran las más inmediatas y las más personales que correspondian á las antiguas costumbres de las tribus germánicas; como éstas no conocian más obligaciones que las que les unian á su jefe inmediato, del mismo modo los vasallos no reconocian más que á su señor (1).

20. Para unir más directamente los súbditos á su persona y á su poder, intentó Carlo-Magno destruir la gerarquía feudal y ponerse en comunicacion directa y sin intermediario con los hombres libres, procurando sobreponer las relaciones entre el rey y los ciudadanos á las de los vasallos con los señores. Se esforzó por cambiar la idea de la fidelidad, y mientras que hasta entonces se la habia considerado como una obligacion personal del hombre libre hácia su jefe, casi como una recompensa por las ventajas y la proteccion que de él recibia, despues de las ordenanzas de Carlo-Magno, llegó á ser una obligacion pública, y fué reclamada en nombre de la soberanía, sin consideracion alguna á los beneficios que

---

consiguiente en peligro, buscaban un apoyo en los grandes y se *encomendaban* á algun hombre poderoso de las inmediaciones. La *recomendacion* era el acto por el que un propietario alodial hacia una cesion ficticia de su tierra en favor del protector que habia buscado para recibirla nuevamente de sus manos, no ya como *alodio*, sino como beneficio, con todas las cargas del servicio militar y demás con que estaba gravada la propiedad beneficiaria. Este uso llegó á generalizarse con el tiempo.—(*N. de P. F.*)

(1) Guizot, *Ensayo sobre la historia de Francia*, p. 105.

se hubiesen obtenido. La soberanía empezó de este modo á emanciparse de la gerarquía feudal y á mostrarse como un poder público que existia por su propio derecho, siendo, por consiguiente, modificada la idea de la relacion de vasallaje. No obstante, el pensamiento de Carlo-Magno no pudo realizarse, porque los propietarios inferiores no concebian el vasallaje respecto al soberano, descuidando el que debian al señor del feudo con quien estaban en relaciones inmediatas. Esta es la razon por qué, en sus estatutos y en los de San Luis, no se encuentra determinado el partido que debia tomar el vasallo en el caso de disidencia entre sus superiores respectivos (1).

21. En Inglaterra ha seguido las mismas fases la historia de la relacion de vasallaje. Segun unos, Edmundo fué el primero que exigió el juramento á todos los hombres libres; pero lo cierto es que en la coleccion de sus leyes no se encuentra nada sobre esto, y que los reyes anglo-sajones no hicieron obligatorio el juramento. El que verdaderamente exigió á todos los libres poseedores que prestasen juramento al rey, fué Guillermo el Conquistador. Un documento citado por Guizot, como del año 1071, y conocido bajo el nombre de *Carta de quibusdam statutis*, atestigua que Guillermo impuso el juramento de fidelidad, el cual prestaron efectivamente en 1086 todos los propietarios de tierras en todos los dominios de Inglaterra. Más aún; mientras que Carlo-Magno no habia definido la fuerza relativa del juramento prestado á su persona y del que cada vasallo prestaba á su propio señor, Guillermo imponia el juramento de fidelidad á él solo, prescindiendo de cualquier otra persona. Este ejemplo fué seguido por Federico Barbaroja, que, en la dieta de Roncaglia (1158), estableció: que en el juramento de fidelidad que el vasallo prestaba al señor, la persona del rey debia ser nominalmente excluida.

22. Estas breves consideraciones históricas sobre el orígen de la relacion de vasallaje explican la tendencia natural á considerar semejante relacion como algo de geográfico y de territorial. En efecto, el título originario de la feudalidad, de donde se deriva la *sujecion*, fué la posesion de la tierra, y tan es así, que, en el juramento que se prestó luego al rey, la

---

1) Westlake, loc. cit.

feudalidad fué considerada primeramente como unida al suelo, y la obligacion personal como limitada por la extension del territorio; de suerte que se designó bajo el nombre de *súbditos* y *no súbditos* á los que habian nacido dentro ó fuera del territorio del Estado, de donde ha resultado que las naciones que han conservado con más tenacidad las tradiciones feudales, han considerado las relaciones entre soberanos y súbditos como limitadas al territorio, y por esto han admitido la máxima: *Leges non valent extra territorium*, cuyas consecuencias examinaremos cuando expongamos los sistemas seguidos en esta materia (1). En Inglaterra, por ejemplo, donde las tradiciones feudales han sido conservadas con más tenacidad, el vasallaje dependia del hecho de haber nacido dentro ó fuera del reino, y este principio ha sido de tal modo exagerado, que se ha llegado hasta decir que los hijos nacidos en Inglaterra de padres extranjeros podian tener derecho á los privilegios anexos al carácter británico, y que los hijos nacidos de inglés fuera del Reino-Unido debian ser considerados como extranjeros. Estas dos máximas fueron tan rigurosamente aplicadas, que por hacer depender el vasallaje del simple hecho del nacimiento en los dominios de un soberano, se ha suscitado la duda de si el hijo del rey, nacido accidentalmente fuera del reino, podria heredar su corona. La duda era lógica. Eduardo III, estatuto 25, despues de haberle eliminado absolutamente comoheredero de la corona, estableció que todos los hijos nacidos en el extranjero de padre y madre ingleses deberian gozar del beneficio de poder aceptar la herencia en Inglaterra, con tal, sin embargo, que la madre hubiese pasado el mar con permiso del marido (2).

---

(1) Como eran los propietarios entre sí los que se encomendaban, dice Mr. Duruy, no tardó en considerarse la tierra, que era lo permanente, con preferencia al hombre, que pasa y muere. No fué ya el hombre débil el que se encomendó al hombre fuerte, sino el pequeño campo al gran dominio, simbolizando ciertas formalidades esta nueva relacion; la tierra venia á colocarse en cierto modo en manos del gran propietario, bajo la forma de un trozo de césped ó de una rama de árbol que el pequeño propietario depositaba en ellas. Este es el gérmen de la relacion feudal. (*Hist. de Franc.*, t. I, p. 222 y sig.)—(*N. de P. F.*)

(2) Westlake, *The conflict of Laws*, cap. II.

Esta tendencia á considerar el vasallaje como algo de geográfico no ha sido aceptada por las naciones que han modificado las tradiciones feudales con los principios de derecho romano. La ciudadanía en el pueblo romano era el privilegio más grande y el vasallaje el más alto honor; y cuando se perfeccionó el estudio del derecho romano se comenzó á comprender que el vasallaje debia considerarse más bien como un beneficio voluntariamente aceptado que como un lazo impuesto por la necesidad, y esta es la razon por qué se le hizo depender de la accion voluntaria del indivíduo más bien que del hecho material del nacimiento. El derecho romano, que personificaba casi todos los derechos de la familia en la persona del padre, establecia que el hijo debia seguir la condicion de su progenitor y que debia ser considerado como ciudadano, no del lugar en que nabia nacido, sino de aquel en que debió nacer: «*Est autem originis locus in quo quis natus est aut nasci debuit, licet forte alibi natus esset matre in peregrinatione parturiente.*» (1).

Conforme á este principio, se ha establecido, segun la legislacion francesa, *(a)* que el indivíduo nacido en el extranjero de padre francés debe ser considerado como tal, no porque el hijo sigue la condicion del padre, sino porque, segun la observacion de Vattel, todo hijo quiere pertenecer á la misma nacion que su padre. Tan cierto es que la ley ha hecho depender la accion de la nacionalidad de la libre eleccion del indivíduo, que ha reservado para el hijo nacido en el extranjero la facultad de escoger la nacionalidad del lugar en que ha nacido, haciendo la declaracion al llegar á su mayoría.

Esta distinta manera de considerar el vasallaje ha dado orígen á otro sistema para determinar las relaciones entre soberano y súbdito, y mientras que el primero hacia depender esas relaciones del territorio y las limitaba á su misma extension, el segundo, haciéndolas derivar de la libre voluntad del indivíduo, las ha considerado como permanentes hasta que no hubiese declaracion en contrario, y las ha hecho valer áun fuera del territorio.

---

(1) Voet, *Ad Pand.*, V, I, § 91.

*(a)* **La legislacion española ha aceptado enteramente este principio. Véase art. 1.° de la Constitucion de 1876, conforme con la de 1836, 1845 y 1869. (*N. de la trad.*)]**

# CAPÍTULO IV.

## PRINCIPIOS FUNDAMENTALES SEGUN NUESTRO SISTEMA.

**23. Coexistencia armónica de las naciones.—24. Derecho de soberanía de los Estados.—25. Las leyes hechas para un pueblo no pueden aplicarse á pueblos diferentes.—26. Cada soberano puede ejercer los derechos de soberanía fuera de los límites de su propio territorio con tal de que no perjudique los derechos de los demás.—27. Ninguna autoridad extranjera puede quebrantar los principios de órden público y el interés económico, moral y político del Estado.—28. Solamente la magistratura debe decidir cuándo la aplicacion de una ley extranjera perturba los principios de órden público consagrados por la legislacion de su propio país.**

Al establecer reglas generales por las cuales puedan resolverse los conflictos de las legislaciones, han adoptado los autores diferentes principios como base de sus teorías. Antes de exponer y de criticar sus sistemas conviene hablar de los principios que son el fundamento de nuestra doctrina.

23. *Los Estados y las naciones deben coexistir armónica y jurídicamente en la gran sociedad que se llama el género humano.*—Aunque los Estados, que, segun nosotros, deberian ser las naciones políticamente constituidas, sean autónomos é independientes, no pueden vivir aislados, porque ninguno puede bastarse á sí mismo. La ley de la division del trabajo es verdadera, ya se aplique á los individuos, ya á los pueblos. Cada cual tiene un papel especial, segun las diferentes condiciones geográficas, etnográficas y morales que determinan su vocacion y su vida, y para lograr su mejoramiento civil está obligado á entrar en relaciones con los demás.

La necesidad de la asociacion y la ley de la division del trabajo unen á los pueblos entre sí y son los fundamentos del comercio internacional. Consideramos, por lo tanto, á la humanidad como un organismo, cuyos elementos son los pueblos, y su vida como un contínuo derarrollo de la ley de sociabilidad y una aproximacion de fuerzas individuales y colectivas. El estudio de todo esto prueba la necesidad de la coexistencia armónica y jurídica de las naciones.

24. *Cada Estado tiene el derecho de guardarse y conservarse.*—En efecto, cada nacion puede organizarse políticamente de la manera más conforme á las necesidades de los asociados y al grado de civilizacion, y determinar las condiciones exteriores necesarias á su conservacion; por consiguiente, la soberanía ejerce sus derechos y su jurisdiccion en toda la extension del territorio, en los límites y en la forma determinados por la ley constitucional de la nacion; asegura el desarrollo regular de las libertades individuales, moderando sus abusos; vela por los intereses económicos, administrativos y militares; proteje los derechos de los que viven en el territorio; garantiza la propiedad y conserva la organizacion. La soberanía tiene, por consiguiente, el derecho exclusivo de hacer las leyes necesarias para guardar y conservar el organismo político y defender los intereses de los particulares.

25. *Las leyes de un Estado no pueden aplicarse sino á los súbditos para quienes se hicieron especialmente.*—La legislacion de cada Estado es, en efecto, el conjunto de máximas formuladas y promulgadas por la soberanía con el objeto de conservar y guardar el organismo político, y para servir de regla constante al ejercicio de los poderes sociales y de las libertades individuales. La fuente verdadera y esencial de toda legislacion está en la justicia invariable y en las relaciones necesarias de las cosas; considerándola, sin embargo, en su orígen aparente y perceptible conforme á los órganos representativos de la soberanía, varia segun los tiempos y los lugares. La nacion, para nosotros, es una aglomeracion de familias que hablan el mismo idioma, que habitan ne la misma region, que tienen idénticas inclinaciones y las mismas tendencias de afinidad. La identidad de condiciones de raza, de clima, de situacion geográfica y etnográfica, de aptitudes físicas y morales, y de todos los elementos que constituyen históricamente la vida de un pueblo, no solamente obra en la forma-

cion de este organismo, sino que tambien ejerce una influencia muy grande en el desarrollo de la vida íntima de cada nacion. Esta es la razon por la que cada legislacion positiva lleva en sí la señal de los usos y de las tradiciones de la civilizacion del pueblo, y puesto que está fundada en las relaciones naturales de las personas y de las cosas, no se la puede aplicar equitativamente sino á los que pertenecen al mismo cuerpo político.

Bajo este aspecto, merece el sistema de Montesquieu toda nuestra consideracion. Decia éste que las leyes, en el sentido más lato de la palabra, son las relaciones necesarias que dimanan de la naturaleza de las cosas. Al investigar el orígen y la razon de ser de las leyes, al examinar las instituciones civiles y políticas en relacion con las diferentes causas que las producen y las modifican, comprendió Montesquieu que las leyes no son una emanacion arbitraria, sino una expresion de las relaciones esenciales que existen entre los hombres y las cosas; y, al reconocer entre las diferentes causas que concurren á su formacion, el clima, el territorio, la religion y las costumbres, dió tal importancia á las circunstancias exteriores en la organizacion de la sociedad, que llegó hasta colocar á ésta bajo el yugo de la naturaleza. Sus discípulos exageraron más su teoría, y llegaron á considerar la política y todas las ciencias sociales como otros tantos capítulos de la fisiología humana. No podemos aceptar una doctrina interpretada con tanta exageracion, pero no acertaríamos á explicar el desarrollo histórico y progresivo del derecho sin la teoría de Montesquieu. Segun nosotros, las leyes de cada Estado llevan la señal de sus usos y de sus tradiciones, y no pueden aplicarse á los súbditos de otro Estado (1).

---

(1) El desarrollo que da aquí á la idea M. Fiore es insignificante; pero debemos confesar que ha hecho justicia á Montesquieu. Si existen relaciones necesarias entre las cosas inanimadas, deben tambien existir entre los séres animados. Por el mero hecho de su existencia, hay entre ellos y los objetos exteriores relaciones que son al mismo tiempo leyes de su vida. Todas las leyes físicas que rigen al hombre, son otras tantas relaciones que se derivan de su naturaleza y de la de las cosas; estas leyes son tan necesarias, que si se violasen se destruiria la obra de la naturaleza. Sin embargo, el hombre no es solo un ser físico; está además dotado de una naturaleza libre é inteligente, que

26. *Cada soberanía puede ejercer sus derechos más allá de los límites de su propio territorio, con tal que no lastime los derechos de los demás soberanos.*—Así como en la sociedad civil, el ejercicio de la libertad individual no puede

---

tiene conciencia de sí misma, reobra conscia y voluntariamente contra el mundo exterior, y es capaz de concebir la nocion de lo verdadero, de lo justo, del derecho y del deber. De esta naturaleza moral se derivan tambien, lo mismo que de su naturaleza física, relaciones necesarias que son leyes para el sér humano; solo la necesidad física es fatal é irresistible, mientras que las relaciones moralmente necesarias pueden ser quebrantadas por la voluntad; pero, aún en medio de las infracciones, continúan siendo las únicas relaciones legítimas. Partiendo de este punto de vista absoluto, caracteriza Montesquieu de este modo las leyes positivas: «La ley, en general, es la razon humana, en cuanto gobierna á todos los pueblos de la tierra; y las leyes políticas y civiles de cada nacion no deben ser sino casos particulares á que se aplica esta razon humana, y deben ser tan propias para el pueblo á que se destinan, que es una gran casualidad que las de una nacion puedan convenir á otra. Es necesario que se refieran á la naturaleza y al principio del Gobierno establecido ó que se quiera establecer..... deben acomodarse á la naturaleza física del país; al clima glacial, templado ó ardiente; á la naturaleza del terreno, á su situacion y á su extension; al género de vida de los pueblos, labradores, cazadores, ó pastores; deben referirse al grado de libertad que la Constitucion permita, á la religion de los habitantes, á sus costumbres y á sus modales; por último, se relacionan entre sí, con su orígen, con el objeto del legislador, con el órden de cosas sobre que se establecen...»

Por más que desde Voltaire hasta nuestros dias haya sido la teoría de Montesquieu objeto de severas críticas, y que se la haya considerado como una vana generalidad, «más verdadera en las ciencias naturales que en la jurisprudencia,» seria difícil hallar una nocion más exacta de la esencia de las leyes. La apreciacion de Montesquieu es, seguramente, una de las más preciosas observaciones hechas por el génio del hombre. El autor del *Espíritu de las Leyes* no es, por otra parte, un metafísico ni mucho ménos. En vez de ir á buscar sus *relaciones necesarias* en la region de las ideas, pretende hallarla en el estudio positivo de los hechos. No considera al hombre como un ser abstracto, creado por el pensamiento, sino que lo observa en el estado real en que la historia lo presenta. Examina las leyes en su relacion con el Gobierno, con las costumbres, con la religion, con el clima, con el comercio, etc. Apodérase de los hechos y dispone de ellos á su antojo.

*(N. de P. F.)*

limitarse sino en caso que lastime los derechos de los demás indivíduos con quienes se coexiste, ó los derechos generales de la masa en medio de la cual se vive, del mismo modo los derechos de cada nacion, como poder soberano, no pueden limitarse sino en el caso de que lastimen los derechos de las demás soberanías. Para nosotros, la situacion del indivíduo en la sociedad es idéntica á la de las naciones en la humanidad. La sociedad no es un mecanismo, sino un organismo. El indivíduo no pierde su personalidad como una gota de agua que se disuelve en el Océano; no es un medio, sino un miembro que vive de su propia vida, con derechos que le son trasmitidos por la misma naturaleza, y con libertad para obrar mientras no lastime los derechos de los demás. El poder del legislador encuentra, por consiguiente, un límite en el desarrollo inofensivo de la libertad del indivíduo, y la ley debe armonizar los derechos individuales de los asociados con los intereses generales de la universalidad, de donde resulta la economía de un Estado bien ordenado.

Considerando del mismo modo las relaciones de los Estados de la humanidad, observamos que cada uno de ellos tiene su autonomía y su jurisdiccion absolutas en los límites de su propio territorio, pero que no debe oponerse al ejercicio de los derechos de los demás, cuando los suyos no se hallen perjudicados. Así como el poder del legislador está limitado por el derecho de la naturaleza, del mismo modo la autonomía absoluta de cada soberano en el interior se halla modificada por los principios del derecho internacional primitivo, porque los intereses de cada Estado deben armonizarse con los intereses generales de la humanidad. Es muy cierto que, en extricto derecho, las leyes de cada soberano no tienen fuerza ni autoridad sino en los límites de sus dominios: «*Nullum statutum sive in rem sive in personam, si de ratione juris civilis sermo instituatur, sese extendit ultra statuentis territorium* (1);» pero tambien lo es, segun los principios del derecho primitivo, que no debe impedirse la aplicacion de las leyes, ni aún más allá de los límites del territorio de cada Estado, cuando no se perjudican por esto los derechos ni los intereses del soberano territorial, de donde deducimos que nin-

---

(1) Voët. *De stat*, § 4, c. II, núm. 7.

gun soberano deberia impedir el ejercicio inofensivo de los derechos de soberanía de los demás.

27. ***El ejercicio de los derechos de soberania cesa de ser inofensivo cuando quebranta los principios del órden público, ó del interés económico, político, moral y religioso de otro Estado.***—En todas las legislaciones podemos distinguir dos partes: la una que presenta las bases fundamentales del organismo político, vela por su conservacion y establece las relaciones entre el indivíduo y el Estado, y la otra que determina los derechos y los deberes de las personas en sus mútuas relaciones. La primera forma el derecho público del Estado, la segunda el derecho privado. Ambas partes están íntimamente ligadas, son inseparables, y sin embargo, muy distintas. La primera comprende esa parte preliminar de la legislacion que se llama ley fundamental ó Constitucion, y todas las disposiciones establecidas para defender la responsabilidad moral del Estado, *uti universitatis*; la segunda protege los derechos del indivíduo, *uti singuli*, en sus recíprocas relaciones. La conservacion del derecho público es de un gran interés; es el depósito de los actos más solemnes de la vida política de cada pueblo, y revela sus costumbres, sus tradiciones y el espíritu de su vida política y social. Ningun soberano extranjero puede atentar, aunque sea levemente, al derecho público de otro Estado, porque el ejercicio de los derechos de soberanía, en tal caso, llegaria á ser verdaderamente perjudicial á los intereses generales de ese Estado; por consiguiente, todas las personas, ya sean súbditos, ya naturalizados, ya extranjeros, todas las cosas existentes en el territorio, cualquiera que sea el dueño á que pertenezcan, y todas las acciones de cualquier naturaleza que sean, están sometidas á los principios establecidos para conservar el órden público y el interés económico, político, moral y religioso, que sirven de base á esa asociacion particular (1).

---

(1) **Las ideas emitidas por M. Fiore, en este párrafo y en los precedentes, parece tienen su aplicacion en el art. 3.° del Código civil francés: «Las leyes de policía y de seguridad obligan á todos los habitantes del territorio; los bienes inmuebles, áun aquellos que pertenecen á los extranjeros, están regidos por la ley francesa. Las leyes concernientes al estado y capacidad de las personas, son extensivas á los**

28. *En los casos dudosos, únicamente la magistratura puede juzgar si una ley extranjera puede ser considerada como contraria á los principios de órden público del Estado.*—Pretender enumerar de una manera precisa todas las disposiciones de una legislacion que pertenecen al derecho público y las que pertenecen al derecho privado, es una cosa casi imposible en la práctica. Es la cuestion de toda la ciencia del derecho, y no puede ser desarrollada sino paulatinamente. No vaya, sin embargo, á deducirse de aquí, que esta grande é interesante division del derecho, no tiene una base científica y una gran importancia práctica. Las leyes tienen por objeto regular y dirigir todos los intereses y las relaciones sociales, y puesto que éstas y aquellos son de diferentes clases y de diferentes órdenes, debe haber varias órdenes y varias clases de leyes. La distincion entre las leyes establecidas para conservar el organismo político y clasificar los poderes públicos—*quod ad statum reipublicæ spectat*—y las establecidas para proteger los intereses de los particulares en sus mútuas relaciones—*quod ad singulorum utilitatem pertinet*—no es una diferencia de palabras, sino una distincion esencial y fundamental reconocida por los jurisconsultos de todas las naciones.

Es cierto que se ha abusado de las palabras *derecho público* y *derecho privado, interés público* é *interés privado*, empleándolas en un sentido muy indeterminado; pero no debe inferirse por esto que tales palabras dejen de tener una significacion técnica y especial. Creemos que al derecho público pertenecen, no solo las leyes constitucionales, sino tambien todas los disposiciones contenidas en las demás partes de la legislacion, que son de interés general y que se hallan establecidas para la conservacion del Estado. De estas disposiciones, algunas tienen por objeto amparar las buenas costumbres, la moralidad pública, los intereses económicos de la sociedad y el régimen territorial de la propiedad; otras

---

franceses residentes en país extranjero.» Los artículos del 6 al 12 de las *Disposiciones sobre la publicacion, interpretacion y aplicacion de las leyes en general*, que sirven de encabezamiento al Código civil italiano, están aún más en armonía con la doctrina de M. Fiore.

*(N. de P. F.)*

están dictadas por motivos de humánidad; otras, en fin, protegen los intereses morales y religiosos.

Imposible nos seria enumerar todas las disposiciones que pertenecen al derecho público en el sentido que hemos dado á esta palabra, ya porque sus principios son diferentes, segun que difieren los principios políticos, económicos, morales y religiosos, que forman la base de la organizacion de los diversos Estados, ya porque seria una empresa vana é insuficiente empeñarse en establecer criterios generales para distinguir en cada legislacion las disposiciones de órden público y de órden privado, como se ha intentado hacer dividiendo, por ejemplo, las leyes en prohibitivas é imperativas. Creemos que este es el campo más vasto, y con frecuencia el más difícil, en que se manifiesta el espíritu de investigacion de los jurisconsultos y de los magistrados. A nosotros nos basta con hacer notar que, una vez admitida la base de la distincion, la principal diferencia, en cuanto á los resultados, consiste en que no puede hacerse ninguna renuncia ó derogacion del derecho público, mientras que los particulares pueden derogar al puro derecho privado. El soberano, que debe conservar el organismo político del Estado y proteger los intereses generales de la sociedad, no puede permitir que se aplique en el territorio en que él manda una ley extranjera, cuando esta ley quebranta una disposicion de derecho público. De hecho, cuando cabe duda sobre si una disposicion que parece pertenecer al derecho privado interesa al órden general de la sociedad, corresponde á la magistratura de cada Estado poner en práctica su espíritu de investigacion para resolver esa duda.

Tales son, segun nosotros, los principios fundamentales para resolver los conflictos entre las leyes de los diferentes Estados; pero su fecundidad y su importancia práctica no podrán ser apreciadas sino teniendo en cuenta la aplicacion que de ellas iremos haciendo en los siguientes capítulos.

## CAPITULO V.

### EXÁMEN CRÍTICO DE LOS SISTEMAS DE LOS AUTORES.

**29. Principios rigurosos de la limitacion territorial de las leyes.—30. Temperamentos adoptados para la utilidad comun.—31. Teoría de los estatutos personales y reales.—32. Dificultades suscitadas entre los partidarios de las mismas doctrinas.—33. Exámen crítico del sistema.—34. Sistema de la preferencia de la ley presuntamente aceptada por las partes, y su crítica.—35. Sistema de la reciprocidad.—36. Insuficiencia de las *sententiæ receptæ*.—37. Doctrina de Fœlix.—38. Sistema de Schæffner.—39. Sistema de Savigny.**

El sistema más antiguo es el que parte de la idea de que cada Estado debe considerarse como aislado, y que exagera el principio general de que cada uno de ellos ejerce sola y exclusivamente su autoridad y su jurisdiccion en toda la extension del territorio.

Claro está, dice Rodenburgh, que ningun Gobierno puede dar autoridad á sus leyes fuera de su territorio: «*Constat igitur extra territorium legem dicere licere nemini: idque si fecerit quis impune ei non pareri: quippe ubi cesset statutorum fundamentum, robur et jurisdictio* (1).» Boullenois dice: «En extricto derecho, las leyes que hace cada soberano no tienen fuerza ni autoridad sino en la extension de sus dominios (2).» Y P. Voet: «*Nullum statatutum sive in rem sive in*

---

(1) Rodenburgh, *De jure quod oritur ex statutorum diversitate*, capítulo III, § I.

(2) Boullenois, *Tratado de la personalidad y de la realidad de las leyes*. Observacion X, pág. 152, *Principios generales sobre los estatutos*, pág. 2.

*personam, si de ratione juris civilis sermo instituatur, sese extendit ultra statuentis territorium* (1).»

Exagerando estos principios, verdaderos bajo ciertos aspectos, se ha deducido inmediatamente que las leyes de cada soberano obligan y rigen de pleno derecho todos los bienes muebles ó inmuebles que se encuentran en el territorio nacional, á todas las personas que residan en él, ya sean ciudadanos nacidos en el territorio, ó naturalizados, ó extranjeros, así como los actos consentidos ó consumados en la circunscripcion de ese mismo territorio; por consiguiente, cada soberano puede establecer las condiciones bajo las cuales se adquieren y se ejercen la propiedad y la posesion de los bienes muebles é inmuebles, y las condiciones conque esos bienes pueden ser trasmitidos, enagenados ó expropiados. La misma ley determinará la validez de los contratos y de los actos de toda clase que pueden ser realizados en los límites de ese territorio, y las condiciones bajo las cuales pueden intentarse las acciones, y el modo de administrar justicia. Esta doctrina ha sido aceptada por los más célebres jurisconsultos, por De Argentré, por Voet, por Burgundio, por Bullenois y por Story (2).

Las otras consecuencias que los citados autores deducen de los mismos principios generales, son que: ningun soberano puede regular directamente por sus propias leyes los objetos existentes fuera de sus dominios, aunque pertenezcan á sus mismos súbditos, ó ejercer una jurisdiccion sobre los ciudadanos que residen fuera del territorio, ó dar un valor extra-territorial á sus propias leyes, sin quebrantar directamente la independencia y la soberanía de los demás Estados; por esto dice De Argentré: «*Omnis enim potestas extra fines potestatis attributæ privata est persona et finitæ potestatis finita jurisdictio et cognitio* (3).»

30. Estos principios fueron el punto de partida de todas las falsas teorías para resolver los conflictos de las legislaciones, y sin embargo, desde el primer momento, los mismos

(1) **Voët, De *Stat.*, cap. II, § 4.°**

(2) **Story, *conflict of laws, general maxims.***

(3) **Argentré, *Commentarii in patrias Britorum leges*, art. 218, gl. 6, número 11.**

defensores de esta doctrina expusieron sus inconvenientes. Empezaron por observar que, aplicando las máximas que emanan del derecho extricto, sobrevendrian la incertidumbre y la independencia de todos los derechos. El mismo Rodenburgh observaba que si los derechos de la persona debian ajustarse á la ley de los lugares en que aquella podia residir, el estado del individuo cambiaria en cada viaje, lo que es un absurdo; pues seria como suponer que se puede ser á un mismo tiempo mayor en una parte, menor en otra, aquí *alieni*, allí *sui juris*, (1) etc. Se pensó, pues, en que para la utilidad comun y teniendo en cuenta cierta necesidad social, era indispensable dar estabilidad y certeza al estado de las personas, y modificar los principios de derecho extricto por la *comitas gentium*.

Observa Bouhier, que si bien ninguna ley debe tener un valor extra-territorial, no obstánte el interés particular de los pueblos limítrofes, la cortesía, la mútua benevolencia y la consideracion de que, en casos semejantes, las propias leyes participarian de igual beneficio, aconsejaban hacer algunas excepciones á los principios absolutos, y extender la autoridad de ciertas leyes más allá de los límites del territorio de cada soberano. Semejante extension, decia, debe admitirse cada vez que el interés y la utilidad comunes lo exijan, y se la debe considerar como aconsejada por el *comitas gentium* (2)

Esta opinion ha sido admitida por varios autores. Hercio, Huberto, Keut, Livermore, Boullenois (3) y otros, convinieron en que los principios del derecho extricto debian ser modificados por causa de utilidad comun.

31. De aquí resultó la necesidad de clasificar las leyes que debian tener un valor extra-territorial, y las que debian valer solamente en el territorio, y este fué el orígen del sistema de

---

(1) Rodenburgh, *De jure quod oritur ex statutorum diversitate*, tít. 1, capítulo III, § 4.

(2) Bouhier, *Coutumes de Bourgogne. Observations*, cap. XXV, § 62-63.

(3) Hercius, de *Collisione legum*, § 4, núms. 3 y 4; Huberus de *Conflictu legum*, lib. I, tít. 3, § 2, p. 538; Kent, *Commentaries of americans law*; Livermore, *Dissertations on the contrariety of laws*; Boullenois, *observaciones*, 10.

los estatutos. Los juristas europeos se esforzaron en hacer una clasificacion de todas las leyes, tratando de deducirla segun su misma naturaleza. Admitiendo como de utilidad comun la estabilidad que hay que dar á la condicion jurídica de las personas, imaginaron dividir todos los estatutos en dos grandes categorías, es decir, los *estatutos personales* y los *estatutos reales*, segun que se refiriesen directamente á las personas ó á las cosas (1). El *estatuto personal* lo define Hercio del siguiente modo: «*In personam constituit lex, quando personam afficit et quidem primarie, nihil enim obstat si secundarie et vi legis jus aliquid vel acquirendi rem vel disponendi de eâdem tribuitur* (2).» Así, por ejemplo, la ley que establece la mayor edad á los 25 años es una ley personal, por más que se derive de ella la capacidad de disponer de los bienes y de llevar á cabo ciertos actos, porque el objeto inmediato de la ley es *la persona.*

Dióse despues el nombre de *estatuto real* á toda ley que tenia por objeto directo é inmediato las cosas. «*Realia sunt*, dice Voet, *quæ rem principaliter afficiunt et circa rem aliquid, disponunt, sive personæ mentio facta sit, sive non; sive modo primaria mens statuentis sit non de personis sed de rebus disponere* (3).» Tales son, por ejemplo, todas las leyes de sucesion. Hecha esta distincion, establecieron la regla de que los estatutos puramente personales, ya universales, ya particulares, acompañan por todas partes á la persona, es decir, que la persona tiene en donde quiera, el estado particular y universal que está determinado por la ley de su domicilio. Las leyes reales, por el contrario, no han traspasado los límites del territorio de cada Estado.

32. La teoría pareció muy sencilla y propia para evitar toda controversia, y fué aceptada por la mayor parte de los jurisconsultos, Argentré, Rodenburgh, Burgundius, Voet,

---

(1) La palabra *estatuto* ha sido empleada para designar toda ley ó todo reglamento que permiten, ordenan ó defienden alguna cosa. «Cada disposicion de una ley ó reglamento es un estatuto que permite, ordena ó defiende alguna cosa.» (Merlin, *Repertorio*, véase *Estatuto*).

(2) Hercio, *De collisione legum*, sec. 2, pág. 4.

(3) Voët, *Comment. ad Paud.*, tít. *De Stat.*; Boullenois, *Principios generales*, 18, 23, 27.

Boullenois, Dumonlin, Stocthmans y otros, tomaron por base de sus investigaciones la distincion que acabamos de indicar; pero en la aplicacion práctica de la regla suscitáronse tantas dificultades entre sus mismos defensores, que no pudieron conseguir evitar interminables controversias. ¿Cómo establecer, con las definiciones que ellos han dado, cuándo la ley es real y cuándo es personal? Algunos, partiendo del principio de que las leyes que determinan las relaciones de las personas con las cosas son leyes reales, han supuesto que los derechos de toda familia extranjera sobre sus propios bienes, los derechos del padre sobre los bienes del hijo, los derechos de éste sobre los de aquél, los del marido sobre los bienes de la mujer, y otros semejantes, debian ajustarse á la *lex rei sitœ*, porque los estatutos á que se refieren son reales; otros, considerando que algunas de esas disposiciones modifican el estado de las personas, han dicho que esos estatutos debian ser considerados como personales; otros, en fin, y principalmente Argentré, no pudiendo clasificar ciertas relaciones jurídicas en las dos categorías mencionadas, se constituyeron en defensores enérgicos de los estatutos mixtos. Esta nueva clasificacion fué aceptada por G. Voet, por su padre Pablo, por Vinnio y otros, pero fué combatida por muchos, lo cual aumentó las controversias entre los defensores de la misma doctrina.

No mencionarémos esas interminables disputas; solamente observaremos que las doctas obras escritas por los sábios jurisconsultos que adoptaron la teoría de los estatutos, son un repertorio de opiniones contradictorias en cuanto á la clasificacion de las leyes que establecen las diferentes relaciones jurídicas en una ú otra categoría, y que, despues de largas controversias, cada cual creia que la razon estaba de su parte.

33. No podemos aceptar la teoría de los estatutos. La base científica de este sistema no es racional. ¿Cuál es, en efecto, la razon para admitir, por una categoría determinada de leyes, una extension extra-territorial? La *comitas gentium* quiere decir, la cortesía, la benevolencia, la utilidad recíproca. No comprendemos, en verdad, cómo la cortesía puede servir para resolver en cuestiones de derecho; ó el individuo tiene derecho á que su capacidad jurídica, del mismo modo que está determinada por su ley nacional, esté tambien reconoci-

da fuera de los límites del territorio, y en este caso la ley tendrá una extension más allá de los límites territoriales, en virtud de un principio de derecho y no de cortesía, ó el indivíduo no tiene ningun derecho, y todo depende de la cortesía, y cada Estado puede determinar los límites en que esta cortesía es valedera, y venimos á parar entonces á lo arbitrario y á lo indeterminado.

Si, dejando á un lado el fundamento científico, queremos examinar las bases de apreciacion establecidas por los autores, no podemos aceptarlas, porque son insuficientes. En efecto, los estatutos personales, que acompañan al indivíduo por todas partes, no podrian aplicarse cuando estuviesen en contradiccion con los principios de órden público establecidos por la ley del lugar en que reside el indivíduo. Una primera distincion es, por consiguiente, necesaria. Observemos, además, que las leyes del lugar se aplicarán ciertamente á las cosas qne están situadas en él, porque las cosas interesan al régimen universal de la propiedad ó á la organizazion económica del Estado; pero, en cuanto á las relaciones entre la cosa y su propietario, ¿deberá tambien aplicarse la ley local? Las dos apreciaciones son, pues, insuficientes. Estamos, sin embargo, de acuerdo con Savigny, que dice: «que no hay que desechar la doctrina de los estatutos como absolutamente errónea; que es susceptible de las más distintas interpretaciones y aplicaciones, entre las cuales pueden encontrarse algunas completamente justas; pero como es incompleta y se presta á un gran número de equivocaciones, no podemos tomarla por base de nuestras investigaciones (1).»

34. Segun otro sistema, el derecho entre las partes es siempre el resultado de un convenio, y por consiguiente, todas las relaciones jurídicas deben ser consideradas como una creacion humana voluntaria. Este sistema, que ha sabido inventar el famoso contrato social para explicar la existencia de la sociedad, y que ha considerado como base de todas las relaciones públicas entre las naciones el contrato tácito y los tratados, acepta tambien, como fuente natural del derecho privado internacional, el consentimiento presumible de las partes. Segun los partidarios de esta doctrina, en el caso en

(1) Savigny, *Tratado de derecho romano.*

que haya duda por no saber qué ley debe regir una relacion jurídica, conviene aplicar la que los interesados han aceptado presuntamente. Esta teoría no resuelve nada, y no hace más que dar otro giro á la cuestion; es, cuando menos, supérflua y ficticia y no sirve más que para legitimar todas las conclusiones sin anular ninguna controversia. En efecto, ¿cuáles son las reglas para decidir en la práctica, cuál es la ley que se presume aceptada por las partes? Para resolver este problema, es necesario determinar la ley á que se haya sometido cada relacion jurídica.

La ley determina los actos de la vida civil; los anula, los somete á la rescision ó los garantiza, segun están ó no revestidos de ciertas condiciones y de ciertas formalidades. Nadie sostendrá que la relacion jurídica entre la ley y la persona sometida al derecho sea una relacion ordinaria. Estando establecidas las reglas por las cuales cada individuo se halla sometido á su propia ley, ésta no obliga porque se la presume aceptada, sino que se la presume aceptada porque obliga. Para determinar, pues, cuál es la ley presuntamente aceptada por las partes, seria necesario conocer cuál es la ley que debe determinar cada relacion jurídica, y hé aquí por qué decimos que la cuestion está, puesta pero no resuelta.

En cierto sentido, es verdad que la sumision á la ley es vovoluntaria, á saber: en el sentido de que el individuo tiene en su poder los hechos de que dependen las relaciones con la ley. Una persona podria sustraerse al imperio de su ley nacional naturalizándose en el extranjero y renunciando á su propia nacionalidad; pero, mientras pertenezca á esa nacion, la sumision á las leyes que determinan necesariamente ciertas relaciones no depende de su consentimiento tácito (1). Del mismo modo, el individuo que quiere comprar una propiedad en territorio extranjero, y que se somete al poder de la ley local, podria dejar de comprar; pero si el individuo tiene facultad para hacerlo no tiene la misma libertad respecto de la sumision á la ley, la cual es obligacion de un modo permanente y absoluto. No podemos, pues, resolver los conflictos de legislacion prefiriendo la ley presuntamente aceptada por

---

(1) Müllenbruch, *Doct. Pand.*, §74, 1, 1, por D., *De usuris* (XXII, 1).

las partes, porque este criterio es insuficiente para evitar las controversias.

35. Menos racional es todavía el sistema de la reciprocidad, sostenido por algunos jurisconsultos y adoptado por algunas legislaciones, como por ejemplo, la francesa. Consiste aquel en admitir el favor de una extension extra-territorial para ciertas leyes, cuando el Estado extranjero concede el mismo beneficio á nuestras leyes en su territorio. Este sistema estaba aceptado por las legislaciones en vigor en Italia, y ha sido defendido por Rocco, uno de los más ilustres jurisconsultos italianos de nuestros tiempos que han escrito acerca de la materia que tratamos (1). Sin querer nosotros quitar nada del mérito real del docto napolitano, desechamos el sistema que ha sostenido, como poco conforme con los principios de la razon y del derecho. El sistema de la reciprocidad tiende á legitimar las represalias jurídicas, al admitir que no solamente el ejercicio de los derechos civiles, sino tambien el de los derechos naturales, puede ser negado á los extranjeros cuando el Estado á que pertenecen niega el ejercicio de los mismos derechos á los nacionales. No desconocemos que, en los tiempos en que Rocco escribia su libro, el sistema de la reciprocidad era casi una necesidad social. Cuando las represalias y la retorsion estaban consideradas como principios legítimos del derecho público, la reciprocidad tenia su razon de ser en el derecho privado; pero si esto escusa á Rocco, que muestra por otro lado atrevimiento en sus ideas y miras liberales, no legitima sus principios. Basta, efectivamente, con leer algunas de las conclusiones del mismo Rocco, para convencerse de la falsedad del sistema. «Si bien nuestras leyes, dice, deben ser indulgentes con los extranjeros, no debe creerse que, cuando el Estado á que pertenecen nos niega el ejercicio de algunas de las facultades que la naturaleza misma nos concede, no esté permitido practicar lo propio en el reino por represalia. ¿Cómo admitir que los extranjeros pue-

(1) La obra de Nicolás Rocco, *Derecho civil internacional*, ha sido muy elogiada en Francia y en Alemania. Portalis leyó en la Academia de París, en las sesiones del 14 y 21 de Mayo de 1842, una Memoria sobre este libro, la cual es digna de consideracion, y honra mucho al jurisconsulto napolitano.

den heredar en nuestro territorio y disponer de los bienes, si no se nos concede igual facultad en su nacion (1)?» Este principio legitima toda injusticia y toda arbitrariedad, sustituyendo á la razon del derecho la de la utilidad (2).

Nosotros, por el contrario, no solamente pensamos que no se puede negar á los extranjeros el ejercicio de los derechos naturales, sino que añadimos que no depende de la voluntad del legislador concederles ó negarles el ejercicio de los

---

(1) Rocco, *Diritto civile internazionale*, parte 1.ª, cap. VIII, p. 82.

(2) Con razon combate M. Fiore la teoría de la *reciprocidad*, teoría caduca, concepcion paradójica, que asigna á una nacion, como regla de conducta, no la idea de justicia, sino la dudosa adhesion de otra nacion más atrasada. Haremos notar, sin embargo, que esta teoría pierde mucho de sus inicuos efectos, por la adopcion de la doctrina que, distinguiendo entre las facultades ó ventajas comunmente otorgadas por todas las naciones cultas, como desprendiéndose del derecho natural, y aquellas cuyo establecimiento es más especialmente obra del derecho nacional que las ha consagrado, admite los extranjeros al disfrute de las primeras, como derecho comun y sin ninguna clase de condiciones, mientras que no les concede el de aspirar á las segundas, sino con determinadas restricciones. Esta distincion no tiene nada de arbitraria, sino que está tomada de la esencia misma de las cosas; y siendo movible por su naturaleza, se presta á todos los progresos de la civilizacion. El derecho de gentes no es, en efecto, un derecho estacionario, sino esencialmente progresivo. ¿No prueba la experiencia que las diferentes legislaciones civiles tienden incesantemente á aproximarse, y no ha hecho sensibles progresos este trabajo de asimilacion, despues de la promulgacion del Código civil francés? Los redactores de este Código parecian participar de la idea de que, desde el dia en que fuese admitida sucesivamente una institucion por los diferentes pueblos civilizados, se hallaria sancionada por el consentimiento unánime de todos y se convertiria en una institucion del derecho de gentes, el principio de la reciprocidad exigiria que los extranjeros pudiesen invocar en Francia el beneficio de esta institucion, lo mismo que los franceses serian admitidos á reclamarlo en el extranjero. Creyeron que la barrera que debió oponerse á las pretensiones de los extranjeros, no podia fijarse de una manera definitiva por la legislacion, y habia que dejar á la jurisprudencia y á la doctrina la posibilidad de salvarla siguiendo la marcha progresiva del derecho de gentes. (V. Aubry y Rau, *Derecho civil francés* t. I, p. 263 n. 15).

(*N. de P. F*).

derechos que se llaman generalmente derechos civiles. En efecto, no hay duda que el indivíduo puede ejercer por todas partes sus derechos naturales, exigiendo que se respeten en nombre de la ley natural, que es superior á todas las leyes y que ordena el respeto á la libertad del hombre. En cuanto á los derechos que se llaman conmunmente derechos civiles, no pueden todos ser considerados como una concesion de la ley civil. Es verdad que el legislador regula todos los actos jurídicos del hombre, pero éstos no pueden por eso ser considerados todos como un efecto de la concesion de la ley. Muchos de ellos tienen su razon de ser en derechos anteriores. La ley consigna estos derechos; los reconoce, los determina, regula su ejercicio, los garantiza; pero pasando de la ley escrita á la ley no escrita, que determina la forma y la aplicacion, no pierden su carácter ni su naturaleza primitiva. No podemos, por lo tanto, admitir que cada soberano posea un poder discrecional, absoluto é ilimitado sobre los extranjeros, y que dependa de su capricho negarles ó concederles derechos civiles. Sostenemos, por el contrario, que ningun soberano puede arbitrariamente privar á los extranjeros de los referidos derechos. Puede haber duda acerca de la ley que debe regularizarlos, pero no respecto de su ejercicio.

Por todas estas razones, rechazamos como irracional el sistema de la reciprocidad, y lo consideramos como una ofensa á los derechos del hombre (1).

36. Algunos teóricos modernos, dando gran importancia á la práctica constante y al derecho consuetudinario, se han esforzado en consignar ciertos principios conmunmente aceptados por los tribunales, sin investigar los motivos de las sentencias. Los criterios que proponen son, pues, las *Sententiæ receptæ*. No queremos discutir la grave cuestion de saber si puede establecerse un derecho consuetudinario universal; observamos solamente que la ciencia debe estudiar las deci-

(1) Conviene recordar que solo en el órden de las relaciones privadas es donde pueden asimilarse completamente los extranjeros á los nacionales, pero que, cuando se trata de la aplicacion de ciertos principios de derecho público ó constitucional, puede colocarse á los extranjeros en condiciones menos favorables.

*(N. de P. F.)*

siones, pero solamente para investigar los motivos y dar á luz los principios generales por los cuales se ha formado sucesivamente la práctica constante. Nosotros, que no somos partidarios exclusivos ni de la escuela histórica ni de la filosófica, admitimos que la ciencia debe tener muy en cuenta las *Sententiæ receptæ*, para no divagar en lo indeterminado ni en lo abstracto; pero, por otra parte, no podemos admitir que los principios para resolver los conflictos de las legislaciones puedan tener su orígen en la práctica constante. Sin algunos puntos de apoyo racionales, es imposible interpretar la práctica y distinguir lo verdadero de lo falso.

Si en las demás partes del derecho es difícil determinar el consuetudinario constante, todavía es más difícil hacerlo en la parte especial del derecho de que nos ocupamos. La diversidad de los sistemas y de los criterios seguidos por los jurisconsultos y los legisladores ha dado orígen á una jurisprudencia variada é inconexa. Algunos han aceptado el principio *lex non valet extra territorium;* otros lo han modificado por la *comitas gentium*; otros tambien han introducido la distincion de los estatutos; quiénes el sistema de reciprocidad; y, como cada tribunal ha juzgado aplicando su propia legislacion, los fallos son por esto mismo con frecuencia contradictorios, hasta tal punto que es imposible acudir en todos los casos á las *Sententiæ receptæ*. Por lo tanto, rechazamos este sistema como insuficiente y falto de base científica.

37. Habiendo admitido Fœlix, (uno de los autores modernos, cuya autoridad se invoca con frecuencia ante los tribunales), como principio fundamental, que las leyes no pueden tener un valor extra-territorial, y que por esto ningun Estado puede con sus leyes determinar los objetos que se encuentran fuera del territorio y las personas que no residen en él, deduce, como consecuencia importante, que todos los efectos que las leyes extranjeras pueden producir en el territorio de una nacion dependen exclusivamente de su consentimiento expreso ó tácito (1), manifestado, ya por medio de leyes ó tratados, ya por las decisiones de las autoridades judiciales y administrativas. No se puede, dice, exigir de los le-

---

(1) Fœlix, cap. III, números 9 y 11, v. 1.

gisladores, de las autoridades públicas, ni de los tribunales, la aplicacion de las leyes extranjeras; no hay para ellos ninguna necesidad en aplicarlas, y, si los Estados conceden algunos efectos más ó ménos latos á las leyes extranjeras, es por consideraciones de utilidad y de conveniencia recíprocas, *ex comitate, ob reciprocam utilitatem.* Cada Estado encuentra sus ventajas en obrar así; los súbditos de cada uno de ellos tienen distintos intereses en el extranjero, y es necesario, por la utilidad general y para obtener la proteccion recíproca de sus propios súbditos, conceder ciertos efectos á las leyes extranjeras (1).

---

(1) Hé aquí la doctrina de Fœlix: cada nacion posee y ejerce sola y exclusivamente la soberanía y la jurisdiccion en toda la extension de su territorio. Síguese de este principio que las leyes de cada Estado afectan, obligan y rigen de pleno derecho todas las propiedades inmuebles y mobiliarias que se hallan en su territorio, así como tambien todas las personas que en el mismo habitan. Por consecuencia, cada Estado tiene la facultad de establecer las condiciones bajo las cuales pueden dichas propiedades ser poseidas, trasmitidas ó expropiadas, así como tambien determinar el Estado y la capacidad de las personas que en él se encuentren, y la validez de los contratos y demás actos que en él se funden, y los derechos y obligaciones que de él resulten, y, por último, las condiciones bajo que pueden intentarse y seguirse las acciones en la circunscripcion de este territorio, y el modo de administrar justicia. Enseña tambien Fœlix que ningun Estado ó nacion puede afectar directamente por sus leyes ó arreglar objetos ó asuntos que se hallen fuera de su territorio, ú obligará las personas que no residen en él, ya le estén ó no sometidas por el hecho de su nacimiento. «El sistema contrario, dice, que concediera á cada nacion el derecho de poder regir las personas ó las cosas que se hallan fuera de su territorio, desconoceria la igualdad de derechos entre las diversas naciones y la soberanía exclusiva de todas y cada una.» Añade además que estos dos principios engendran una consecuencia importante, y que encierra toda su doctrina, á saber: que todos los efectos que las leyes extranjeras pueden producir en el territorio de una nacion dependen en absoluto del consentimiento expreso ó tácito de esta misma nacion. No hallándose obligado un Estado á admitir en su territorio la aplicacion y los efectos de leyes extranjeras, no puede, sin embargo, negarles todo efecto en este territorio; puede establecer esta prohibicion solo respecto de algunas, y permitir que otras produzcan sus efectos en todo ó en parte..... El

Empezamos por observar, contra la opinion de Fœlix, que nos parece que el autor ha confundido la cuestion de los derechos de que pueden gozar los extranjeros con la de los principios para resolver los conflictos de las legislaciones. Aunque científicamente sea demostrable que no puede hacerse ninguna distincion entre ciudadanos y extranjeros en cuanto al goce de los derechos civiles, no obstante, de hecho, la condicion legal de los extranjeros no es uniforme en las diferentes legislaciones, y, para determinar si el extranjero puede contar con el ejercicio de tal ó cual derecho, es necesario consultar los tratados y la legislacion de cada país. Esta cuestion es muy distinta de la de los conflictos de las legislaciones y de los principios para resolverlos. En efecto, despues de haber determinado si el extranjero puede contar con el ejercicio de tal ó cual derecho, es preciso establecer cuál es la ley que debe regir en cada relacion jurídica (1). Bien examinado; el sistema de Fœlix tiende á probar que no hay principios fijos para resolver los conflictos de las legislaciones, y que todo depende de la voluntad del Estado ó de su consentimiento, tácito ó expreso. Rechazamos esta doctrina, porque no podemos admitir que el despotismo legislativo sea demostrable científicamente.

Si se nos quiere decir que, de hecho, cada Estado puede conceder ó negar la aplicacion de la ley extranjera, abusando de la fuerza, estamos de acuerdo con Fœlix. Mas, ¿para qué?

---

consentimiento expreso de la nacion á la aplicacion de las leyes extranjeras en su territorio resulta ya de las leyes que ella ha dado ya de los tratados concluidos con otras naciones. El consentimiento tácito se manifiesta por las decisiones de las autoridades judiciales y administrativas, así como por los trabajos de los escritores.

»Los dos principios desenvueltos por Mr. Demangeat, pueden formularse más sencilla y exactamente en estos términos: un Estado soberano es libre para hacer abstraccion de las leyes extranjeras, de suerte que las diferentes autoridades en quienes delega el Estado tal ó cual porcion del poder público no apliquen nunca, sean cualesquiera las circunstancias, otra ley que la nacional. Y al contrario, un Estado no puede exigir que su ley nacional se aplique en ningun caso por las autoridades dependientes de otro Estado soberano. En el fondo, nuestro pensamiento no difiere del de Mr. Fœlix.»

(*N. de P. F.*)

(1) Demangeat, not. *a*, pág. 12.

¿Debe la ciencia elevar el hecho á la altura de un principio jurídico y legitimar los abusos, admitiendo que no hay principios para resolver los conflictos de las legislaciones, y que todo depende del consentimiento de la nacion y de los tratados? (1). Nosotros, aplicando las reglas establecidas en el capítulo anterior, y guiados por los principios de la filosofía del derecho combinados con los del derecho público, proponemos que se establezcan reglas positivas para resolver los conflictos de los derechos territoriales de los Estados independientes, determinando, segun la naturaleza propia y esencial de cada relacion jurídica, la ley que debe regularizarla.

Verdad es que, mientras no tengamos una comunidad de derecho entre los Estados, no bastará con demostrar los verdaderos principios, y que, bajo este punto de vista, puede decirse que todo depende de las legislaciones y de los tratados; pero, desde el momento que no hay tribunales para obligar á los Estados á que observen los principios del derecho, no puede considerarse su conformidad sino como un efecto de pura benevolencia, y como un acto revocable de una voluntad arbitraria. Los principios fundamentales que determinan los conflictos de los derechos territoriales de los Estados independientes, deben ser considerados más bien, dice Savigny, como el desarrollo natural del derecho, el cual se desenvuelve y progresa de la misma manera que cuando resuelve los conflictos entre los derechos particulares en el interior del Estado (2). Desechamos, pues, absolutamente la opinion de Fœlix, el cual dice: *El legislador, las autoridades públicas y los tribunales, al admitir la aplicacion de las leyes extranjeras, se guian, no por una obligacion cuya ejecucion puede*

---

(1) No debemos dejar pasar inadvertidamente esta protesta de monsieur Fiore, en favor de los principios que coloca por encima de los hechos, sin ensalzar su tendencia filosófica y prodigarle los elogios que merece. La ciencia no debe elevar nunca el hecho á la altura de un principio jurídico, legitimando así el abuso. El hecho, es decir, la fuerza, no se sobrepone al derecho; y nos complacemos en hallar en el autor italiano esta reivindicacion de los principios.

(*N. de P. F.*)

(2) Savigny, *Tratado de derecho romano*, t. VIII, p. 31.

*ser exigida, sino únicamente por consideraciones de utilidad y de conveniencia recíprocas entre las naciones* (1).

38. Uno de los autores modernos que ha experimentado la necesidad de establecer bases generales para resolver los conflictos de las legislaciones, haciéndolas derivar más bien de la naturaleza de las cosas que de circunstancias exteriores, ha sido Schæffner, que, despues de un atento exámen de los sistemas seguidos por los demás autores, demuestra con sana crítica que ninguna de las teorías es aceptable, y propone el siguiente principio, que, segun él, es el más conveniente de todos: *Toda relacion jurídica debe ser juzgada por las leyes del lugar en que ha nacido* (2). Aplicando este principio general á las relaciones jurídicas particulares, establece que el estado y la capacidad jurídica de una persona deben ser juzgados segun las leyes del lugar en que tiene su domicilio estable. En cuanto á los derechos sobre las cosas, hace una distincion entre los pertenecientes al propietario sobre el todo de la propiedad, los cuales se rigen por la ley del lugar en que el propietario tiene su residencia estable, y los derechos sobre las cosas consideradas como partes distintas, muebles ó inmuebles, las cuales se subordinan á la ley del lugar en que se hallan situadas.

Hemos encontrado en el autor aleman esa profundidad de miras y esa elevacion de ideas que distinguen á los jurisconsultos de Alemania (3); pero el principio que propone

(1) Fœlix en su obra ya citada, título preliminar, cap. III, núm. 11.

(2) Schæffner, *Desarrollo del derecho privado internacional*, § 32.

(3) Habria mucho que decir sobre la gran reputacion que en la esfera de la inteligencia se concede á los alemanes. Es verdad que Alemania ha tomado una parte considerable en la emancipacion filosófica del espíritu moderno; pero ha consistido ménos en la produccion espontánea que en el desarrollo sistemático de las ideas. Por más que Hegel pone á Jacobo Boehme casi al mismo nivel que á Descartes—lo cual ha hecho reir hasta á los alemanes,—en realidad no ha habido en Alemania un filósofo ilustre antes de Leibnitz; y este procede directamente de Descartes, lo mismo que Kant procede á su vez de Hume por el fondo negativo de su metafísica, y de Rousseau por el fondo positivo de su moral y de su política. En su evolucion hácia el panteismo proceden los sucesores de Kant, no solo de su maestro, sino de Bruno y de Espinosa, además de otros pre-

nos parece vago é indeterminado, y aunque se haya esforzado por aclararlo formulando criterios parciales, sin embargo, no ha logrado su objeto, y aplicando su principio á la validez intrínseca de los actos, siente la necesidad de hacer tal número de distinciones, que hacen su doctrina difícil y oscura. Por consiguiente, si bien aprobamos el objeto que se ha propuesto este escritor, creemos, sin embargo, que no se ha logrado dicho objeto.

Por lo que concierne á la capacidad jurídica, no podemos aceptar su opinion. Como demostraremos más adelante, el domicilio no es suficiente por sí mismo para establecer entre el individuo y la ley relaciones tales, que puedan sustraerle completamente al imperio de su ley nacional, sino que, por el contrario, permanece constantemente sujeto á la ley de su patria, hasta renunciar á su nacionalidad. Debemos tambien hacer algunas salvedades en cuanto á los principios que establece relativamente á los derechos sobre las cosas; pero para no decir ahora lo que diremos despues, nos limitamos á consignar que, reconociendo que Schæffner ha dado una base rigurosamente científica á su sistema, no podemos aceptar completamente su doctrina.

39. El que mejor ha presentado bajo su verdadero punto de vista las cuestiones de conflictos entre las leyes de diferentes Estados, es Savigny, que las trata á fondo en su doctísima obra *Tratado de derecho romano*. Lo que es digno de observacion, es que, lejos de sostener la antigua má-

---

**cursores que pudieran señalarseles en la Francia filosófica del siglo XVIII. Todos estos grandes espíritus, son admirables arquitectos del pensamiento, aunque no sean creadores en el sentido propio de la expresion. La Alemania ha sido la última de las naciones cultas de Europa que ha ejercido una especie de preeminencia intelectual en todos los dominios del espíritu. Pero en esta tardía preeminencia, ha quedado muy atrás de la Italia del siglo XVI y de la Francia de los siglos XVII y XVIII. Reconócese en esto, más bien un esfuerzo de voluntad para apropiarse ilustres ejemplos que la espansion sencilla de una raza felizmente dotada. En sus trabajos intelectuales, lo mismo que en sus espediciones lejanas, no se han aventurado nunca los alemanes, sino siguiendo las huellas de otros pueblos.**

*(N. de P. F.)*

xima: *leges non valent extra territorium*, aceptada entre los autores modernos por Rocco, Story, Fœlix y otros, demuestra la necesidad de admitir una comunidad de derecho entre las naciones, para juzgar los casos de conflictos segun la naturaleza íntima de cada relacion jurídica, y sin tener en cuenta los límites de los diferentes Estados. El punto de vista dominante de las legislaciones y de la practica modernas, termina diciendo, no es la conservacion recelosa de su exclusiva autoridad; existe, por el contrario, una tendencia hácia una verdadera comunidad de derecho, es decir, á juzgar los casos de conflictos, segun la naturaleza íntima y la necesidad de cada relacion de derecho, sin tener en cuenta los límites de los diferentes Estados ni sus leyes (1). En otra parte observa el mismo autor que: «en virtud del derecho riguroso de soberanía, se podría imponer á los jueces de una nacion que aplicasen exclusivamente su ley nacional, sin tener en cuenta las disposiciones contrarias de una ley extranjera. Esta disposicion, sin embargo, no debería ser admitida por ninguna legislacion positiva, pues, á medida que se ensanchan las relaciones entre los diversos pueblos, es necesario convencerse, que hay que renunciar á ese principio exclusivo y admitir el principio contrario, es decir, el de una comunidad de derecho entre los diferentes pueblos.» (2)

Savigny no solo aclara la naturaleza del problema, sino que trata de determinar con precision el objeto y la materia. Para juzgar, dice, de los conflictos fáciles de suscitarse en el caso en que la misma relacion jurídica pudiese ser regida por leyes positivas diversas y contrarias, no es suficiente ocuparse de los conflictos como del único problema que hay que resolver, sino que es necesario estudiar la limitacion de las diferentes legislaciones positivas, é investigar cuáles son las relaciones de derecho sometidas á cada ley, ó bien á qué ley se haya sometida cada relacion jurídica. Estando bien determinados los límites del imperio de cada ley, se evitan muchos conflictos. Savigny es el único que, en nuestro sentir, ha comprendido el problema en toda su profundi-

(1) *Tratado de derecho romano*, p. 128.
(2) Idem, id., p. 29.

dad, y que lo ha estudiado en toda su estension. Divide oportunamente sus investigaciones en dos partes, estudiando primeramente los límites de cada ley en el espacio, y enseguida estos mismos límites en el tiempo. Estas dos partes comprenden los principios para resolver los conflictos de las diferentes leyes de los diversos Estados, y para resolverlos en un mismo Estado, cuando la ley primitiva hubiese sufrido modificaciones.

Admitimos perfectamente la direccion dada por Savigny, y hasta declaramos habernos inspirado en las páginas profundas del jurisconsulto aleman para emprender nuestras investigaciones. Nosotros tambien acariciamos la idea de una comunidad de derecho entre los Estados; tambien admitimos que, para decidir en caso de conflicto, cuál es la ley que debe ser preferida, es necesario limitar exactamente el imperio de cada una; mas, para lograr el objeto, no podemos conformarnos siempre con las ideas de Savigny, y hasta nos hemos visto obligados á dar un desarrollo diferente á nuestra teoría, y algunas veces á desechar las opiniones del gran jurisconsulto, sin disminuir en nada el mérito real que le pertenece por sus estudios acerca de este ramo especial del derecho.

# LIBRO PRIMERO.

## DE LAS PERSONAS.

## CAPITULO PRIMERO.

### DE LA LEY QUE DEBE DETERMINAR EL ESTADO Y LA CAPACIDAD JURÍDICA DEL EXTRANJERO.

**40. Necesidad de determinar el estado jurídico de una persona por una sola ley.—41. Cómo debe interpretarse la opinion de los que sostienen la preferencia de la ley del domicilio de la persona.—42. Distincion entre las dos escuelas.—43. Exámen crítico de sus opiniones.—44. Verdadero estado de la cuestion.—45. Nuestra opinion.—46. Nuestra doctrina confirmada por la autoridad del Derecho Romano. — 47. Inconvenientes que surjen de la doctrina contraria.—48. Se impugna la distincion hecha por los autores entre el estado y la capacidad de obrar.—49. Se desecha la opinion que sostiene la preferencia de la ley *fori*.—50. Unica excepcion verdadera al principio establecido por nosotros.—51. Disposiciones de Derecho positivo concernientes á la ley que debe determinar la capacidad de los extranjeros.**

40. Por las palabras *estado de la persona,* indicamos las cualidades jurídicas del individuo, considerado en sí mismo. Los efectos que surjen de esas cualidades, constituyen la capacidad de obrar en sentido jurídico (1).

---

(1) **El estatuto *personal* comprende el conjunto de reglas relativas al *estado* y á la capacidad de las personas, ya para todos los ac-**

El conjunto de las cualidades que pertenecen al individuo, como ciudadano, y que son la base de sus derechos políticos, forma su estado público. Esto depende de la ley de la patria de cada uno, y no puede valer más que en esa misma patria, porque los derechos políticos están considerados como las prerogativas exclusivas de los que participan de la vida política de la universalidad.

El conjunto de las cualidades jurídicas que la ley atribuye al individuo, como persona, constituye el estado privado; tal es, por ejemplo, la cualidad de mayor ó de menor, de hallarse sometido á la autoridad paterna ó á la de un tutor, de emancipado, de pródigo, de sometido á un consejo judi-

---

tos de la vida civil en general, ya para algunos en particular. Segun la ley francesa, va anejo á la persona de los franceses y se rigen por él áun cuando residan en país extranjero. Sólo el cambio de nacionalidad puede sustraerlos al dominio de este Estatuto. Resulta, por una parte, que el francés no puede, en país extranjero, hacer válidamente, respecto de la ley francesa, aquello para que es incapaz en Francia, aunque, segun la legislacion del país en que resida, tuviese la capacidad suficiente; y por otra, que el francés no puede en ningun caso prevalerse en Francia de las disposiciones de una ley extranjera para impugnar, bajo la relacion de su capacidad, la validez de los actos realizados por él en el extranjero.

La disposicion del párrafo 3.° del artículo 3 del Código civil, concebida en estos términos: «Las leyes concernientes al Estado y á la capacidad de las personas, rigen para los franceses, aunque residan en el extranjero,» autoriza á creer que el legislador francés ha querido dejar á los extranjeros, residentes en Francia, bajo el dominio de sus leyes nacionales, en todo lo que concierne á su estado y capacidad. El objeto de la disposicion de este párrafo 3.° sólo se conseguirá muy incompletamente si las autoridades y los tribunales extranjeros no concurriesen á su cumplimiento, ora negando á los franceses residentes en su país su concurso para el otorgamiento ó concesion de actos de que sería incapaz en Francia, ora anulando dichos actos cuando de hecho los ha otorgado. Ahora bien; el legislador francés no puede reclamar este concurso ni esperarlo de las autoridades y tribunales extranjeros, sino á condicion de prestarse por su parte á hacer respetar en Francia el estatuto personal de los extranjeros. Es, pues, permitido suponer que se entiende admitida bajo este aspecto una completa reciprocidad. Esta induccion se halla corroborada por la historia de la redaccion del artículo, y por la antítesis que existe entre los dos primeros párrafos y el tercero. Se notará, sin embargo, que

cial, de célibe ó de casado, de padre ó de hijo legítimo, natural ó adoptivo, de vivo ó de muerto civilmente.

Todos reconocen que es necesario determinar el estado jurídico de la persona por una ley única, para evitar el inconveniente de un estado mudable. Los mismos defensores de la rigurosa máxima *leges non valent extra territorium statuentis,* han hecho una excepcion para las leyes personales, admitiendo como regla general que estas deben aplicarse tambien en territorio extranjero, por recíproca utilidad y por la *comitas gentium.* Toda la dificultad, sin embargo, consiste en determinar cuál es la ley á que se halla sometida la per-

---

no hay nada de absoluto en estas materias. Mr. Valette cita, en este propósito, el caso de un príncipe aleman—asunto del duque de Brunswick—á cuya interdiccion se negó todo efecto en Francia, porque habia sido pronunciada en el extranjero, por motivos políticos en parte.

Entre los autores que admiten que el estatuto personal extranjero debe regir igualmente el estado y la capacidad de los extranjeros residentes en Francia por una justa reciprocidad de lo que el Código civil decide respecto de los franceses, los unos, con Mr. Demangeat, pretenden que, una vez domiciliado en Francia, no se rige el extranjero, en cuanto á su estado y capacidad, por la ley de su país, sino por la ley francesa. Los otros sostienen, con los anotadores de Zacharía, MM. Aubry y Rau, con MM. Delvincourt y Demolombe, que la autorizacion concedida á un extranjero para establecer su domicilio en Francia, no hace que le sea aplicable el estatuto personal francés, porque en efecto no por eso es ménos extranjero. Si se le coloca en la misma línea que al francés en cuanto al goce de los derechos civiles, resulta que es admitido como éste último al ejercicio de estos derechos en el límite de su capacidad personal, pero de ningun modo que esta capacidad deba apreciarse como la de los franceses, con arreglo á la ley francesa.

En casi todos los países civilizados se admite que los extranjeros, en lo que concierne á su estado y capacidad, permanezcan sometidos á su ley nacional. Sin embargo, muchas legislaciones, particularmente la de los Países Bajos y de Rusia, han consagrado bajo este aspecto reglas diferentes, y áun entre las que han reconocido este principio, se han hallado muchos que sólo la han admitido con restricciones importantes establecidas en interés de los nacionales. (V. Zacarías, anotado por Aubry y Rau, tercera edic., II, p. 72).

(*N. de P. F.*)

sona, de un modo permanente, y en este punto no están acordes los autores.

41. La mayoría reconoce que el estado de la persona debe determinarse por la ley del domicilio. Boullenois, Rodenburgh, Hercio, Froland, Bonhier, Voet, Pothier y otros, sostienen esta doctrina, que está aceptada por Story, Savigny, Bocco y Westlake. No faltan entre nosotros eminentes jurisconsultos que la consideren como una *communis opinio*, y que critiquen el Código italiano, que, sin tener en cuenta la tradicion científica, ha establecido que el estado de cada cual debe determinarse por la ley de su nacion.

Nosotros creemos, por el contrario, que proceden de ligero los que consideran el principio establecido por el Código italiano (art. 6.°): «El estado y la capacidad de las personas, »así como las relaciones de familia, se hallan determinadas »por las leyes de la nacion á que pertenecen,» como una innovacion absoluta contra la *communis opinio* de los escritores de la Edad media y moderna. Efectivamente, estudiando autores antiguos, nos hallamos con que todos no han interpretado en el mismo sentido la fórmula *ley del domicilio.* Algunos de entre ellos creen designar por esas palabras la ley del domicilio de orígen, la cual, en resúmen, equivaldria á la ley de la patria de cada cual, lo que, por una expresion más moderna, se llama *ley nacional.*

Froland, que es citado por todos como el más firme defensor de la ley del domicilio, cuando trata la cuestion de averiguar, si al cambiar éste el estado de la persona debe determinarse por la nueva ley, se expresa de este modo: «Si se alude al estado de la persona, *abstracte ab omni materia reali,* en ese caso, la ley que ha empezado á fijar su condicion, que es la ley del domicilio de orígen, conservará su fuerza y su autoridad donde quiera que resida la persona. Así es que, si por la ley del domicilio de orígen una persona es mayor de edad á los veintiun años, y se traslada á otra nacion en la cual la mayor edad no empieza hasta los veinticinco, será mayor á los veintiuno, y en su nuevo domicilio podrá enagenar, vender, hipotecar, etc., segun su voluntad (1).»

---

(1) Froland, *Memoria concerniente á la naturaleza y á la calidad de los estatutos,* cap. VII, § 13, pág. 171.

Story, que es uno de los escritores que mejor han tratado esta materia, despues de haber citado á varios jurisconsultos que sostienen que el estado personal debe determinarse en todas partes por la ley del domicilio, termina así: «De la opinion de los jurisconsultos citados, se deduce que la persona que ha llegado á la mayor edad segun la ley del *domicilio naiivo (by thelawof his native domicil)*, es considerada en todas partes como si tuviese el mismo estado y la misma condicion, por lo que, segun la ley del *domicilio de origen (by thelawof his original domicil)*, si un individuo no puede testar sino á los veinticinco años, no podrá legítimamente disponer de su propiedad hasta esa edad (1).»

Fœlix dice claramente que la ley á que cada individuo se halla sujeto, como persona, es la de la nacion á que pertenece. Admitiendo como regla general que el hijo adquiere por derecho de nacimiento la misma nacionalidad de su padre, pretende que la ley de la nacionalidad del padre sea la ley personal del hijo, desde el primer momento de su existencia física. En este sentido es en el que emplea Fœlix la expresion *ley del domicilio*; y más aún, declara de una manera explícita que, segun él, las expresiones *lugar del domicilio* del individuo, y *territorio de su nacion ó patria*, pueden ser empleadas indistintamente. No aceptamos su opinion, porque parece, segun él, que un hombre no puede tener su domicilio sino en el territorio de la nacion de que es miembro; pero hemos querido hacer notar el sentido que tienen estas palabras (2).

42. La cuestion que establece la verdadera diferencia en-

---

(1) Story, *Conflict of law*, § 52.

(2) Fœlix, *Derecho internacional privado*. T. I, lib. I, tít. I., números 27 y 28.

No es, en efecto, admisible que un hombre no pueda tener su domicilio nada más que en el territorio de la nacion á que corresponde. M. Fiore tiene razon para criticar esta doctrina de Fœlix, apoyándose en Demangeat. Tambien puede citarse, para corroborar esta opinion, el artículo 13 del Código civil francés, que dice: «El extranjero admitido por autorizacion del jefe del Estado á establecer su domicilio en Francia, gozará de todos los derechos civiles mientras continúe residiendo en ella.

(*N. de P. F.*)

tre las dos escuelas es la muy importante de saber si cuando ocurre la *mutatio domicilii* debe aplicarse la ley del nuevo domicilio ó la del primitivo. Para resolver esta cuestion, sostienen algunos autores resueltamente que el estado y la condicion jurídica dé las personas deben determinarse por la ley de su actual domicilio. Hercio es de esta opinion, y dice: «*Hinc status et qualitas personæ regitur a legibus loci cui ipse sese per domicilium subjecit. Atque inde etiam fit, ut quis major hic, alibi mutato scilicet domicilio, incipiat fieri minor* (1).» Participan de esta opinion Pablo y Juan Voet, Burgundius y Rodenburgh, el cual se expresa de este modo: «*Personæ enien status et conditio cum tota regatur a legibus loci cui illa sese per domicilium subdiderit, utique mutato domicilio mutari et necesse est personæ conditionem* (2).» Tambien Pothier es muy explícito: «El cambio de domicilio desliga á las personas del imperio de las leyes que rigen en el país que abandonan, y las somete á las del lugar del nuevo domicilio que adquieren (3).»

Por último, para no hablar de todos, Demangeat, que figura entre los autores más modernos, trata categóricamente la cuestion. Si un indivíduo, dice, tiene su domicilio en Francia, pero no la condicion de francés, puede suscitarse la cuestion de saber si la ley personal de ese indivíduo debe ser la de la nacion á la cual no ha dejado de pertenecer, ó la del lugar en que está actualmente domiciliado. A esta pregunta contesta con las siguientes palabras: «Creemos que el domicilio debe prevalecer sobre la nacionalidad (4).» Otros, por el contrario, suponen que la ley del domicilio de orígen sigue á la persona á donde quiera que resida, y citaremos entre estos autores á Huber, Burge (5), Story y Merlin.

---

(1) Hertii, *Opera de collisione legum*, § 4, núm. 5, pág. 122.

(2) P. Voet, *De stat*, § 4, cap. II, núm. 6. Rodenburgh, *De diversit stat*, tít. II, pág. 2, cap. I, núm. 3.

(3) Pothier, *Audiencia de Orleans*, cap. I, art. 1. núm. 13.

(4) *Demangeat*, nota (a) al núm. 29 de Fœlix, *Derecho internacional privado*, é *Historia* de la condicion civil de los extranjeros en Francia, pág. 414.

(5) Burge, *Comment. ó colontal and foreing law*, t. 1, cap. IV: Story, *Conflict of law*, cap, III, IV; Mérlin, *Repertorio*, V.° *Autorisacion marital*, § 10, art. 4; *Mayor edad*, § 4; *Efecto retroactivo*, § 3, núm. 2, art. 5.

Huber formula su doctrina del siguiente modo: «*Qualitates personales certo loco alicui jure impressas, ubique circunferri et personam comitari cum hoc effectu, ut ubique locorum eo jure, quo tales personæ alibi gaudent vel subjectæ sunt, fruantur et subjiciantur*. Por consiguiente, añade, los que entre nosotros se hallan sometidos á la tutela ó á una curatela, como los menores, los pródigos, la mujer bajo el poder del marido, estarán obligados á permanecer en todas partes bajo la autoridad de la tutela ó del poder marital; poseerán y ejercerán los derechos que concede nuestra ley á las personas en tutela. *Qui prodigus hic et declaratus, alibi contrahens, valide non obligatur, ne que convenitur*. Por el contrario, los que, segun la ley de una nacion, son mayores á veintiun años, deben ejercer todos los derechos inherentes á la mayor edad, áun en las naciones en que esta no empieza hasta los veinticinco años, porque todos los Gobiernos deben hacer efectivas las leyes y prescripciones de las demás naciones, siempre que no perjudiquen á sus propios súbditos ó á sus propias leyes (1).

La teoría de Huber que, sustancialmente, no difiere de la nuestra, es la consecuencia de los principios generales que establece como axiomas y que aclaran más su opinion: *Rectores imperiorum*, dice, *id comiter agunt, ut jura cujusque populi intra terminos ejus exercita teneant ubique suam vim quatenus nihil potestati aut juri alterius imperantis ejusque civium præjudicetur* (2).»

Boullenois no es muy esplícito al resolver la cuestion. Hace una distincion entre las calificaciones personales que dependen de la ley por razones generales reconocidas por todas las naciones, y que, una vez adquiridas, acompañan á la persona áun cuando cambie de domicilio; tales son para él la interdiccion, la prohibicion de ejecutar ciertos actos por causa de enfermedad mental, la legitimacion y otras análogas. Las demás calificaciones que dependen de disposiciones particulares de la ley del domicilio, como la autoridad paterna y la prohibicion hecha á la mujer casada (*Senatus consultum Velleianum*), dependen de la ley del actual domicilio (3).»

---

(1) Huber, *De conflictu legum*, lib. 1, tít. III, § 12.

(2) Huber, idem, id., lib. 1, tít. I, § 2.

(3) Boullenois, *Personalidad y realidad de las leyes*, obcero. 32.

Merlin, por el contrario, despues de haber citado la opinion de diferentes autores, dice que la ley del lugar del nacimiento, y no la del nuevo domicilio, debe regir, en todos los casos, la menor edad, el poder paterno, el marital y las demás situaciones semejantes, y le sorprende que Boullenois haya querido distinguir unos casos de otros (1).

Henrys, jurisconsulto inglés del siglo XVII, es notable entre todos los demás. Queriendo determinar este autor por qué razon la ley del domicilio de orígen debe prevalecer en todos los casos, dice que cada Estado ó nacion debe considerarse como la más capaz para juzgar las circunstancias físicas del clima y demás, cuando las facultades del ciudadano estan física y moralmente desarrolladas de manera que pueda ponerse al frente de sus propios intereses (2). Esta misma razon ha sido adoptada por otros jurisconsultos, segun observa el americano Story (3).

No queremos molestar con más citas. Lo que hemos dicho nos parece suficiente para probar que los compiladores de nuestro Código no pueden ser considerados como innovadores, y que el principio formulado por ellos tiene muchas analogías con la doctrina aceptada por una respetable escuela de jurisconsultos antiguos; y tendremos más razon para afirmarlo así, si reflexionamos en el espíritu de la doctrina más bien que en la forma exterior.

No se puede discurrir acerca de la ley del domicilio en los tiempos actuales como en los antiguos. Cuando Francia tenia, por sí sola, más de trescientas leyes consuetudinarias diferentes sobre los más graves objetos, como por ejemplo, sobre la época de la mayor edad, sobre las reglas matrimoniales, sobre la facultad de disponer á título gratuito, sobre la trasmision de los bienes *ab intestato*; cuando la solucion de cuestiones tan importantes podia ser diferente, segun la persona estuviese domiciliada en el punto en que estaba en vigor tal ó cual costumbre, era entonces muy natural que se diese una gran importancia á los estatutos del domicilio de orígen. No

---

(1) Merlin. *Revert.*, V.° *Majerité* § 4; *Autorisation maritale*, § 10, artículo 4; *Effet rétroactif*, § 3, núm. 2.

(2) Henrys, *On foreing law*, pág. 5 y 6.

(3) Story, obra cit., cap. I.

se podia hablar de ley nacional puesto que no existia unidad de legislacion. Los que han querido aplicar materialmente los razonamientos de los autores anteriores á la codificacion para resolver los conflictos de nuestro tiempo, sin entrar en el espíritu de su doctrina, no han considerado que la sociedad y la legislacion han progresado. Hoy no estamos, ni en tiempo de los romanos, cuando el Estado se componia de *civitates* y de *respublicæ*, ni en la Edad Media, cuando los municipios tenian constituciones propias. Hoy, al interés municipal ha sucedido el interés nacional, á la *Comunidad* el Estado; á los Estatutos locales han sucedido las legislaciones y los Códigos. Es por lo tanto natural que á la ley del domicilio de orígen deba corresponder ahora la ley nacional, y que la ley del domicilio de hecho pueda ser decisiva solamente cuando el Estado está dividido en diferentes fracciones, regidas por leyes diversas; pero, dejando á un lado la autoridad de los escritores y la de los códigos escritos, tratemos de examinar las dos opiniones con las luces de la razon crítica.

43. Los que sostienen que el estado personal debe regirse por la ley del domicilio, razonan de la manera siguiente: «Cada persona, por regla general, tiene una residencia estable que se llama domicilio; en este sitio es donde efectúa la mayor parte de sus manifestaciones, en donde adquiere hábitos y carácter; en otros términos, en ese sitio es donde adquiere sus cualidades distintivas é inmanentes que le acompañan siempre y en todas partes. Asentado esto, las cualidades fundamentales jurídicas de la persona, el estado, la capacidad, no pueden regirse por otras leyes que la del domicilio.»

En nuestra opinion este argumento es poco concluyente. Si es, en efecto, la principal razon para dar la preferencia á la ley del domicilio, que cada cual adquiere los hábitos, el carácter y las cualidades distintivas é inmanentes del lugar en que ha establecido el centro principal de sus negocios, nos parece, por la misma razon, que debe argumentarse en sentido contrario. Las cualidades distintivas é inmanentes son la consecuencia de los usos y de las tradiciones del lugar de orígen y de todo el conjunto de los elementos que constituyen el carácter y el génio civil de cada pueblo y de cada nacion. No podemos suponer que esas cualidades deban estar notablemente modificadas por la residencia temporal en un sitio

en el cual se haya establecido el centro principal de los negocios. Nos parece, por consiguiente, más razonable decir que las cualidades fundamentales jurídicas de la persona, están regidas en todas partes por la ley de su patria.

44. El único punto de vista bajo el cual se puede razonablemente discutir la cuestion, segun nosotros, es el siguiente: ¿La relacion de vasallaje es una relacion geográfica y territorial, en el sentido de que todos los que residen en un territorio se convierten en súbditos del soberano territorial, ó es, por el contrario, una relacion libre y voluntaria en el sentido de que nadie puede ser considerado como súbdito de un soberano, sin que haya consentido en ello tácita ó expresamente? Si se acepta la primera proposicion, que haria en verdad retroceder el sistema de la soberanía al principio feudal, resultaria que, por el simple hecho del domicilio, no solo, se convierte uno bajo cierto aspecto, en súbdito temporal del soberano territorial, sino que tambien se interrumpen las relaciones existentes con el soberano nacional; que ser ó no ser súbdito significa vivir en el territorio, ó fuera de él; que, por consiguiente, no solo las relaciones jurídicas que empiezan á crearse en el nuevo domicilio, sino tambien las cualidades fundamentales jurídicas de la persona, no pueden regirse por otra ley que por la del actual domicilio. Si, por el contrario, se acepta la segunda proposicion, la consecuencia será que mientras tanto que el individuo, por un hecho cierto y determinado, no haya roto los lazos que le unen á su patria, el simple hecho del domicilio, en virtud del cual se han establecido ciertas relaciones temporales entre el individuo y el soberano territorial, no puede destruir las relaciones mas íntimas y más duraderas que el mismo individuo tiene con la soberanía nacional.

45. Es positivo que cada individuo nace ciudadano de una patria y que se considera como miembro de la nacion de su padre, porque se presume que quiere continuar perteneciendo al mismo cuerpo político que su familia. La ley de la patria de cada uno toma bajo su proteccion al individuo desde el instante de su nacimiento; determina cuándo existe como persona jurídica; cuándo es hijo legítimo, natural ó adulterino, y le aplica todas las determinaciones que, activa ó pasivamente, le interesan. A medida que el individuo crece y se desarrolla en sus facultades, penetra en el secreto de la vida

política de su nacion, se apropia las costumbres y aprecia las cualidades y los defectos de la constitucion y de la legislacion de su patria. Desde ese momento, sus deberes y sus derechos son más ciertos y están mejor definidos. Ya no es, por presuncion, sino por voluntad explícita, por lo que el indivíduo pertenece á ese cuerpo político; se somete libremente á soportar todas las cargas, y se hace solidario de la defensa de los intereses generales, siendo así que podria romper todas las relaciones naturalizándose en el extranjero. Cuando ese indivíduo fija su domicilio en país extraño, ya no es el hombre físico, es el hombre social; es el nacional de tal nacion, el súbdito de tal soberano. Ofrece como principal garantía de sus actos su propia nacionalidad y la proteccion de su soberano. Puede, por lo tanto, pedir que su condicion, su capacidad y sus derechos, tales como están determinados por la ley de su nacion, sean respetados, no en virtud de los tratados, sino en virtud de los principios de derecho público que regulan las relaciones de los Estados soberanos. Por otra parte, el soberano territorial no puede tener ningun interés en apartar al extranjero de la sujecion á su ley natural y aplicarle las leyes hechas para sus propios súbditos. Su único derecho es impedir que se invoque una ley extranjera en lo que pudiera ofender á los principios de órden público, y á las instituciones políticas y constitucionales de su Estado.

Resulta, pues, que el estado y la condicion jurídica de las personas deben estar regidos por la ley de la nacion á que pertenecen, con tal de que no esté en contradiccion con los principios de órden público del Estado en que reside el indivíduo.

46. Como complemento de los argumentos adoptados hasta ahora, para probar que nuestra doctrina es preferible á la de nuestros contradictores, vamos á confirmarla con la autoridad del derecho romano, y hacer notar al mismo tiempo algunos inconvenientes que surgen al admitir la opinion contraria.

No encontramos, ciertamente, en el derecho romano muchos principios para resolver los conflictos de las leyes de los diferentes Estados. Varias de las que se citan contienen más bien principios de derecho civil, y sirven para resolver los conflictos en el interior de un Estado y para determinar las competencias. Las relaciones entre los romanos y los extran-

jeros, y las de éstos entre sí, eran apreciadas por el juez segun el *jus gentium*, salvo en los casos en que la ley declaraba expresamente que podia tambien existir una relacion entre los ciudadanos y los extranjeros, en cuyo caso esa relacion se regia por el derecho civil.

No obstante, en ciertas cuestiones de Estado y de sucesiones, cuando los individuos eran del mismo país, se les aplicaba su ley.

Segun una regla de derecho, sancionada por un Senado consulto del tiempo de Adriano, el hijo nacido de un matrimonio celebrado *secundum leges moresque peregrinorum*, seguia la condicion de su padre, cuando en la época del nacimiento solamente la madre, y no el padre, habia obtenido el derecho de ciudadanía romana. «*Peregrina si vulgo conceperit, deinde civis romana facta sit et pariat, civem romanum parit: si vero ex peregrino cui* SECUNDUM LEGES MORESQUE PEREGRINORUM CONJUNCTA EST, *videtur..... peregrinus nasci* (1).» De suerte que el *status* de los *legitime concepti* estaba regido *secundum legem moresque peregrinorum* en la época de la concepcion.

La obligacion del *fidepromisor* no pasaba á los herederos como la del *fidejussor*; sin embargo, se admitía una excepcion cuando el *fidepromissor* era un *peregrinus*, y cuando la ley positiva de la ciudad á que pertenecia era diferente de la ley romana. «*Sponsoris et fidepromissoris heres non tenetur, nisi si de peregrino fidepromissore, quœramus* ET ALIO JURE CIVITAS EJUS UTATUR (2).»

Los que no eran ni *cives* ni *latini*, sino solamente *peregrini* y con ciertas restricciones *(dedititiorum número)*, no podian hacer en Roma un testamento válido, ni como ciudadanos romanos, porque no tenian el título de tales, ni como *peregrini*, porque no eran ciudadanos de ninguna ciudad: «*Is qui dedititiorum número est, testamentum facere non potest, cum sit peregrinus, nec cuasi peregrinus* QUONIAM NULLUS CERTŒ CIVITATIS CIVES EST ET ADVERSUS LEGES CIVITATIS SUŒ TESTETUR (3).

---

(1) Gaii, *Comm*, I, §. 92.
(2) Idem, id., III, §. 120.
(3) Ulpiano, *Fragm.*, tít. 20, §. 14.

Por consiguiente, si pertenecían á una ciudad ¡determina da, si la ley de su nacion reconocia el dereeho de testar, y si habia reglas especiales para el ejercicio de este derecho, podian hacer en Roma un testamento válido segun las leyes de su patria.

Por los textos citados se puede deducir que el derecho de ciudadanía en una ciudad, determinaba para cada individuo el derechó local, al cuaı estaba personalmente sometido, y segun el cual debía ser juzgado.

No reproduciremos las doctas consideraciones de Savigny (1) sobre las importantes diferencias jurídicas del *origo* y del *domicilium* segun el derecho romano; nos contentaremos solamente con observar que el imperio romano ha sido una vasta aglomeracion de comunidades civícas, en gran parte municipios y colonias, y de comunidades secundarias, teniendo cada una su constitucion más ó ménos independiente, sus magistrados, su jurisdiccion y hasta su legislacion especial. Esta organizacion, que fué primeramente la de Italia, llegó á ser, en tiempo de los grandes jurisconsultos, es decir, en los siglos II y III de la era cristiana, la organizacion de todo el imperio, de modo que sus habitantes pertenecian, ó á la cíudad de Roma, ó á una de estas *comunidades* designadas con el nombre de *civitates* ó *repúblicas*. Cada individuo estaba en relacion inmediata con la ley de su propia *comunidad*, y esta relacion se establecia ó por la ciudadanía, ó por la residencia en el territorio de aquella. La ciudadanía se adquiria de diferentes maneras, «*Municipem aut nativitas facit; aut manumissio, aut adoptio* (2).» Sin embargo, el modo más ordinario para adquirirla era el nacimiento, hasta tal punto, que se designó con la palabra *origo* esa relacion y el derecho que conferia. *Cives quidem origo, manumissio, allectio, vel adoptio, incolas vero domicilium facit* (3).» Los derechos que derivaban del nacimiento eran muy diferentes de los que procedian de la residencia, y son juridicamente muy distintos los *municipios* y los *incolœ*, *el jus originis* y el *jus domiciliu*, el *forum originis* y el *forum domicilii*, la *patria* y la *domus*.

---

(1) Savigny, *Tratado de Derecho romano*, t. VIII, 350 á 359.
(2) Cód., I, VII *De incolis*, x, 39.
(3) Cod., I, VII, *De incolis*, x, 39, (2).

Es curioso, sin embargo, que un individuo que podia pertenecer á una ciudad por el nacimiento ó por el domicilio, cuando se queria determinar el derecho local que le era aplicable, se prefiriese el derecho de la ciudad á que pertenecia por el nacimiento al de la ciudad de su domicilio. «Tengo por incuestionable, dice Savigny, despues de doctas y sagaces investigaciones, que, cuando un individuo tenia el derecho de ciudadanía y de domicilio en diferentes ciudades, la ley local por que era regido estaba determinada por la ciudadanía y no por el domicilio. Hé aquí las razones que hay en favor de esta opinion. Primeramente, comparando la ciudadanía al domicilio, que podía depender de una voluntad arbitraria ó caprichosa, el derecho de ciudad era por sí mismo un lazo mas estrecho y superior; en segundo lugar, era el más antiguo, puesto que se remontaba á la época del nacimiento, y el domicilio no podía ser sino el resultado de un acto posterior de libre voluntad. No había, pues, razon alguna para cambiar el derecho territorial una vez establecido por la persona. En tercer lugar, en el texto de Gayo, se lee: *Si alio jure civitas ejus utatur,* y en el de Ulpiano: *Quoniam nullius civitatis civis est,* de donde se deduce que el derecho territorial al cual la persona se consideraba como sometida era el de la ciudad, y no el del domicilio (1).»

El único caso en que, segun Savigny, se aplicaba la ley del lugar del domicilio, era cuando el individuo no tenia el derecho de ciudadanía en ninguna ciudad.

Despréndese de todo lo dicho que, si bien las decisiones de los jurisconsultos romanos eran incompletas, no obstante, la teoría moderna, que da tanta importancia á la ley de la patria de cada uno, tiene mucha analogía con la del Derecho romano, tanto más cuanto que los romanos no entendian por lugar de nacimiento el sitio en que el niño nacia materialmente. «*Est antem originis locus in quo quis natus est, aut nasci debuit, licet forte re ipsa alibi natus esset, matre in peregrinatione parturiente* (2).

47. En el curso de este tratado señalaremos los inconvenientes que se originarian si se aceptase la opinion que com-

(1) Savigny, *Tratado de Derecho romano*, §. 357.
(2) Voët, V., 1, *Ad Pand.*, § 91.

batimos. Nos contentaremos tan solo con observar aquí que, mientras todos reconocen la necesidad de hacer estable y cierto el estado de la persona, en el sistema contrario puede este estado empeorar ó mejorarse, segun la ley del lugar en que se va á establecer el domicilio. Rocco justifica este inconveniente apoyándose en que la constitucion del domicilio es un hecho voluntario, y que, por consiguiente, el individuo debe imputarse á sí mismo el que su estado haya empeorado; pero esta razon no es aplicable á todos los casos. El menor no emancipado y la mujer casada tienen un domicilio necesario; si un padre quisiere ejercer por más tiempo los derechos de la patria potestad, podria conseguirlo trasladando su domicilio, durante la menor edad del hijo, á un lugar en que éste no fuese mayor de edad hasta los veinticinco años. Un tutor podria atentar á los derechos del menor, y un marido adquirir una autoridad mayor sobre los bienes y la persona de su mujer, cambiando de domicilio, del mismo modo que un deudor podria disminuir las garantías de un acreedor trasladando su domicilio á otra parte.

¿Qué deberia decirse en el caso en que faltase un domicilio jurídico? Si un individuo, dice Savigny, declara abandonar su domicilio actual, ó si lo abandona completamente de hecho, en el intervalo que media entre el abandono y la constitucion del nuevo domicilio, puede decirse con razon que no tiene ninguno. Puede tambien suponerse una pluralidad de domicilios. «*Jurisprudentibus placuit duobus locis posse aliquem habere domicilium, si utrobique ita se instruxerit ut non ideo minus apud alteros se colocasse videatur* (1). ¿Se admitirá en este caso una pluralidad de capacidades? Burgundius responde afirmativamente. Expone, en efecto, el caso de una mujer casada en Gante (en donde era necesaria la autorizacion del marido), la cual habia establecido un segundo domicilio en donde esta autorizacion no era necesaria; dice que los contratos hechos por esta mujer en su segundo domicilio, aunque no autorizados, deben ser considerados como valederos. «*Nec enim stipulantis interest quærere an unicum aut plura promissor statuerit domicilia, satis est enim si a*

(1) L. 6, § 2, *Ad. municip*,, l. 1.

*regionis juris scripti ubi mulier domicilium habebat conditionem ejus intelligat* (1).»

Todo lo que hemos dicho hasta ahora nos parece suficiente para justificar la razon por la cual aceptamos el principio establecido por el art. 6.° del Código civil italiano, de que «el estado y la capacidad de las personas deben estar regidas por la ley nacional,» principio conforme á la opinion que habiamos manifestado en una de nuestras obras, antes de la publicacion del mismo Código (2). Rechazamos no solo la opinion de los que sostienen la preferencia de la ley del domicilio actual de la persona sino tambien todas las distinciones que podrian hacer dudosa la aplicacion del principio.

48. Algunos autores han querido distinguir las calificaciones jurídicas de la persona considerada en sí misma, es decir, en el estado abstracto de su capacidad ó de su incapacidad para hacer ciertas cosas (3). Han aceptado que el estado

---

(1) Burgundius, *Ad consuetudinem Flandriæ*, tratado 2, número 8, página 53. ¿Puede una persona dejar de tener domicilio ó tener muchos á la vez? Esta cuestion se ha discutido ya muchas veces, y M. Valette es el que le ha dado la verdadera solucion. No hay duda, dice, que casi siempre se tiene un domicilio primitivo que solo se pierde por la adquisicion de otro; pero no podemos admitir que esto suceda en todos los casos y sin excepcion ninguna. Ciertas gentes pueden llevar una vida errante, y trasmitirla de padres á hijos sin tener en parte alguna una residencia fija. Es indudable que, remontándose por sus ascendientes, podria hallarse un individuo sedentario que tuviese un domicilio fijo; pero seria una puerilidad querer unir sus descendientes á un lugar en donde no tienen interés alguno, y en donde quizá no han vivido nunca.

La segunda cuestion, puede decidirse, con seguridad, negativamente. Es imposible, en efecto, hallar un hombre que tenga su residencia principal en muchos lugares, y que su sucesion se verifique á la vez en diferentes puntos. Lo que puede suceder es que una persona tenga su domicilio aparente distinto de su domicilio real, y esté obligado á soportar las consecuencias de este domicilio aparente que se ha dado; más cuando se trate de una sucesion ó de arreglar la tutela ó una adopcion, habrá que buscar el principio verdadero.

(*N. de P. F.*)

(2) Véase *Diritto pubblico internazionale*, parte 1.ª, seccion 1.ª, capítulo VIII, pág. 131 y 33.

(3) Meier, *De conflictu legum*, t. I, pág. 198.

abstracto debe estar determinado segun la ley personal, pero que la capacidad de la persona para hacer ciertas cosas debe regirse por la ley del país en que aquella tiene lugar. Admitiendo esta distincion, se deduce que deberia aplicarse la ley nacional para decidir si una mujer está ó no casada, si un menor está ó no bajo tutela; pero que, para decidir si la mujer tiene ó no necesidad de la autorizacion del marido, si el menor tiene ó no necesidad del tutor y de la autorizacion del tribunal, debe aplicarse la ley del lugar en que se ha verificado el hecho.

No estamos conformes con esta distincion. Cuando la ley declara á un individuo mayor ó menor de edad, no reconoce en él una cualidad abstracta, sino que le considera capaz de hacer ciertos actos en oposicion con ciertas incapacidades anteriores propias de la menor edad. En suma, las cuestiones relativas á los efectos jurídicos que provienen de las calificaciones personales y las cuestiones de estado están tan íntimamente ligadas, que no pueden resolverse por razonamientos diferentes. Admitiendo la distincion que combatimos, se convertirian en mudables el estado y la capacidad.

Puede acontecer, en efecto, que la ley del lugar en que interviene el acto jurídico conceda al individuo una capacidad más extensa que la ley de la patria; ¿se querrá justificar el fraude á la ley y sostener que el individuo ha adquirido la capacidad necesaria por medio de un corto viaje? Por otra parte, ¿cómo se podrá sostener que el individuo que es capaz, en su patria, de consumar un acto, se hace incapaz estableciéndose en territorio extranjero? Supongamos que un menor, ciudadano de una nacion regida por el Derecho Romano, toma dinero á préstamo en territorio extranjero sin el consentimiento de su padre. Creemos que, no pudiendo el menor pedir prestado sin el referido consentimiento *(senado-consulto macedonio)*, el préstamo será nulo, cualquiera que sea la ley del lugar en que se haya realizado el contrato.

Por el contrario, los partidarios de la opinion opuesta estiman que, para decidir si ese individuo es menor y si está sujeto á la patria potestad, se debe aplicar su ley personal; pero que, para decidir de la validez del préstamo, se debe aplicar la ley del lugar en que se ha prestado el dinero, y, si esta no exigia el consentimiento del padre, el menor pudo válidamente tomar dinero á préstamo. La capacidad, por lo

caz en un Estado que no haya sancionado semejante disposicion. Efectivamente, la privacion de los derechos civiles, ya total, ya parcial, es siempre la consecuencia legal y el accesorio de una condena. Verdad es que se ha dicho que era preciso considerarla más bien como una modificacion de estado que como una pena, porque, por sí misma, no forma el objeto directo de la condena; pero, de hecho, resulta virtualmente, de pleno derecho, de las penas á las cuales la ley ha atribuido este efecto, y es la misma, y por los mismos motivos, que si hubiese sido pronunciada como pena principal. El magistrado, dicta en efecto, la pena, pero ésta tiene un doble carácter: es aflictiva y penal, y hiere el estado civil del sentenciado modificando notablemente su condicion jurídica y su estado personal. Por consiguiente, aunque las leyes personales acompañan por doquiera á la persona, sin embargo, considerando que las penas y las condenas criminales no se aplican ni se ejecutan fuera de los límites en que manda la autoridad pública, en cuyo nombre han sido sentenciados, la privacion parcial ó total de los derechos civiles á causa de las condenas judiciales, no tendrá ningun valor cuando la persona se traslade á territorio extranjero. De todo lo cual se deduce que el extranjero debe gozar de una *extra-territorialidad* relativa, en el sentido de que su estado y su capacidad jurídica deben estar regidos por su ley nacional, con tal que su aplicacion no quebrante los principios de órden público del lugar del domicilio ó del lugar en que quiere hacer valer sus derechos.

51. La máxima que hemos establecido respecto de la ley que debe regir el estado y la capacidad jurídica de la persona no ha sido sancionada de un modo uniforme por las legislaciones positivas de los diferentes Estados.

El Código civil italiano dispone, en el art. 6, que: «El estado y la capacidad de las personas y las relaciones de familia están regidas por la ley de la nacion á que pertenecen.» Este principio se halla enteramente conforme con la doctrina que sostenemos.

Por el contrario, el Código prusiano tiene una disposicion que confirma la doctrina que hemos combatido: «Las calificaciones personales y las capacidades de cada uno están regidas por la ley del lugar en que la persona tiene su domicilio real (art. 23).» Esta disposicion se refiere á los súbditos

prusianos, y no hace distincion, ya ejerzan sus derechos en una de las provincias de Prusia regidas por una ley diferente, ya en una nacion extranjera.

En cuanto á los extranjeros, establece la misma ley: «Los súbditos de los Estados extranjeros que residen ó tienen negocios en Prusia, deben ser juzgados igualmente segun las disposiciones precedentes (art. 34).» Por consiguiente, la ley á que está sometida la persona por sí misma, es, segun la legislacion prusiana, la del lugar en que aquella está domiciliada. A esta regla general, sin embargo, se ha hecho una excepcion especial relativa á la capacidad para contratar. Considerando el legislador, que los ciudadanos pueden ignorar la ley que está en vigor en el lugar del domicilio de la persona con quien contratan, ha establecido que «los extranjeros que contraten en Prusia objetos que se encuentren allí, deben ser juzgados, respecto á su capacidad para contratar, segun la ley más favorable á la validez del contrato (art. 35).» Por lo tanto, un contrato hecho en Berlin por un francés mayor de veintiun años es valedero, porque la ley francesa fija la mayor edad á los veintiun años cumplidos; y un contrato hecho por un individuo domiciliado en una nacion regida por el Derecho romano, y que tuviese veinticuatro años de edad, es tambien valedero, porque aunque la ley de su domicilio fije la mayor edad á los veinticinco años cumplidos, se aplicaría la ley prusiana, que la fija á los veinticuatro años.

En la legislacion francesa, hallamos que el principio sostenido por nosotros está sancionado respecto á los franceses que residen en el extranjero, pero no en cuanto á los extranjeros que residen en Francia. El artículo 3.° párrafo 3, del Código civil francés establece que: «Las leyes relativas al estado y á la capacidad de las personas rigen á los franceses, áun cuando residan en país extranjero.» Por consiguiente, el francés no puede, en territorio extranjero, estipular válidamente sobre cosas de que estaría incapacitado para hacerlo en Francia, áun cuando, en virtud de la ley del territorio en que se encuentre, tuviese capacidad para ello; como tampoco puede en ningun caso prevalerse en Francia de las disposiciones de una ley extranjera, para dudar, tocante á su capacidad, de la validez de lo estipulado por él en territorio extranjero. ¿Pero las disposiciones del párrafo 3 del ar-

tículo 3.°, pueden aplicarse tambien á los extranjeros que residen en Francia? ¿Estarán estos bajo el imperio de sus leyes nacionales, en todo lo que concierne á su estado ó su capacidad, ó les es explicable la ley personal francesa, como piensan algunos, (1) despues de la autorizacion que les ha sido concedida por el Gobierno, para establecer su domicilio en Francia?

Los compiladores del Código de Napoleon se han abstenido de resolver esta importante cuestion. No han prescrito formalmente la aplicacion de las leyes extranjeras en sus controversias relativas al estado y á la capacidad jurídica de los extranjeros, tal vez por el temor de establecer una regla que hubiera podido comprometer intereses franceses dignos de proteccion. Merlin dice que del principio de que las leyes francesas relativas al estado y á la capacidad de las personas rigen á los franceses, aun cuando residan en territorio extranjero, se deduce naturalmente que, por reciprocidad, las leyes que rijan el estado y la capacidad de los extranjeros, seguirán á estos en Francia, y que los magistrados deben juzgar en virtud de esas leyes (2). Los autores franceses y la jurisprudencia aceptan como regla general este principio; pero tambien es cierto que la legislacion no pone en claro los puntos dudosos; que se ha dejado gran parte al buen juicio de los magistrados; que ilustres jurisconsultos han hecho varias excepciones al principio; y que, por último, si los tribunales, sin motivos suficientes, se negasen á aplicar la ley nacional de los extranjeros, no podrian por ese solo motivo ser declarados transgresores de la ley francesa, é incurrir por consiguiente en la censura del Tribunal de Casacion, puesto que de hecho la ley no tiene una prescripcion formal.

En el antiguo Código de las Dos Sicilias hallamos disposiciones de derecho positivo en oposicion absoluta con la doctrina que hemos establecido. El artículo 5 estaba concebido de esta manera: «Las leyes obligan á todos aquellos que habitan el territorio del reino, sean ciudadanos ó extranjeros, estén domiciliados ó de paso.» Este mismo principio está san-

---

(1) **Demangeat, *Condicion de los extranjeros en Francia*, p. 81.**

(2) **Merlin, *Repert. Leyes*, §. 6.°, núm. 6.**

cionado por el Código civil de los Países Bajos, el cual somete completamente á los extranjeros á las leyes holandesas: «El Derecho civil del reino es el mismo para los extranjeros que para los holandeses, á no ser que la ley establezca expresamente lo contrario (art. 9).»

La legislacion rusa tiene tambien una disposicion semejante: «El extranjero, durante todo el tiempo que permanezca en Rusia, está sometido, en cuanto á su persona y sus bienes, á las disposiciones de las leyes rusas, y tiene derecho á su proteccion. (*Leyes personales*, IX, 902).» Puede hacer toda clase de contratos, de obligaciones ó de convenios, sea con un extranjero, ó con un ruso; sin embargo, si la obligacion ha de tener efecto en el imperio, debe ser, en el fondo y en la forma, conforme á la legislacion de aquél.

No nos proponemos reproducir todas las disposiciones de Derecho positivo relativas al estado y á la capacidad jurídica de las personas (1), y que pueden clasificarse en una de las cuatro categorías que hemos establecido. Notaremos tan sólo que son muy pocas las que han sancionado la doctrina sostenida por nosotros, la cual se halla aceptada únicamente por la legislacion italiana y por la de Bélgica, habiéndola encontrado tambien claramente formulada en el artículo 4 del Código civil del canton de Berna, el cual se halla redactado de este modo: «Las leyes civiles se aplican á las personas y á las cosas sometidas á la soberanía del Estado. No obstante, los ciudadanos de Berna en el extranjero y los extranjeros en Berna, serán juzgados, en cuanto á su capacidad personal, segun las leyes de su patria respectiva. Las formalidades de los actos serán juzgadas por la ley de la nacion en que fueron formalizados.» Este hecho prueba que hay todavía mucho que hacer para que los principios que hemos sostenido sean aceptados por todos los Estados.

Nadie puede negar que la vida jurídica de las naciones ha cambiado notablemente desde la compilacion de los Códigos, y que deberian modificarse varias disposiciones para poner el Derecho positivo al nivel de los progresos de la ciencia. Pero la de que las legislaciones no sancionen nuestra doc-

---

(1) Véase Fœlix, núm. 52; A. de Saint Joseph, *Concordancia de los Códigos*; Savigny, § 363; Schæffner, § 43, 53.

trina, no es una razon suficiente para creer mejor la opinion que hemos combatido. La ciencia no debe apoyarse únicamente en la autoridad de los Códigos escritos, pues entonces el progreso de la legislacion seria imposible. Si es un hecho notable que en la mayor parte de las legislaciones de Europa no se encuentra el principio que hemos sostenido, no es ménos digno de sérias consideraciones el que los dos Códigos más modernos, el belga y el italiano, que han tenido en cuenta los últimos resultados de la ciencia, sancionen nuestro principio, como tambien lo es que todas las legislaciones positivas, inclusas la rusa y la inglesa, admitan, como máxima general, que las leyes que rigen el estado y la capacidad personal del individuo, le acompañan á donde quiera que vaya á habitar. Para que esta disposicion, que se encuentra en todos los Códigos, sea una verdad, debe admitirse la disposicion recíproca, es decir, que el Estado y la capacidad personal del extranjero deben estar regidas por la ley de su patria, y que seria preciso sancionar, como regla general, que la ley personal de cada uno es la de la nacion á que pertenece el individuo.

## CAPÍTULO II.

### DEL DERECHO DE CIUDADANÍA.

**52. Diversos modos de considerar la ciudadanía.—53. Reglas generales para adquirirla.—54. Disposiciones del Código civil italiano que se refieren á ella, comparadas con las del Código francés.—55. Pérdida de la ciudadanía italiana.—56. Comparacion con el Código francés.—57. Medios para adquirir la ciudadanía una vez perdida. —58. De la nacionalidad del hijo natural reconocido durante su menor edad; exámen crítico de la opinion de los autores.—59. Del extranjero domiciliado desde hace muchos años en Italia.**

Habiendo demostrado que la ley personal deberia ser la de la nacion de que cada uno es miembro, pasemos á examinar de qué manera debe determinarse la nacionalidad del niño que nace.

52. Cada Estado tiene disposiciones de derecho positivo para distinguir los ciudadanos de los extranjeros, y establecer los medios por los que se adquiere ó se pierde la ciudadanía. Considerando el espíritu de las diferentes legislaciones, vemos que algunas de ellas hacen depender el derecho de ciudad del hecho material del nacimiento en el territorio. Así sucede, por ejemplo, en Francia, segun el derecho antiguo (1); en Bélgica, en donde la ley constitucional de 1815, derogada despues por la Constitucion de 1831, atribuia el derecho de

---

(1) Pothier, *De las personas*; Valet. *Sobre Prud.*, pág. 121.

ciudad á los individuos nacidos en Bélgica de padres que estaban allí domiciliados; y en Inglaterra, en los tiempos modernos (1), en donde se considera como inglés el hijo nacido de un padre extranjero en territorio inglés. Otros consideran la ciudadanía como un beneficio conferido por la ley, pero aceptado voluntaria y libremente por el individuo; para estos, el hecho material del nacimiento tiene una importancia secundaria, y todo depende de la voluntad expresa ó tácita del mismo individuo. (*a*)

53. Casi todas las legislaciones admiten que los hijos nacidos de matrimonio legítimo adquieren la ciudadanía del padre por derecho de nacimiento; por consiguiente, la ley de la nacion del padre toma bajo su proteccion al hijo desde el momento que nace, y le imprime la cualidad de ciudadano de la misma patria. Este principio trae su orígen de la legislacion romana: *Cum legitimœ nuptiœ factœ sunt, patrem liberi sequntur* (2).» Para los hijos nacidos fuera del matrimonio legítimo, las legislaciones que han seguido el Derecho romano, en el cual no encontramos nada equivalen-

---

(1) Westoby, *Legislacion inglesa*, cap. II.

(*a*) Aunque la pragmática de 1565 (ley 7, tít. 14, lib. I, Novísima Recopilacion) se refiere á las cualidades para obtener beneficio eclesiástico en España, establece, sin embargo, reglas que vinieron considerándose como de aplicacion general. Así declaró españoles: á los nacidos en España hijos de padres españoles ó por lo menos de padre español; los que hubiesen cambiado domicilio y además hubiesen vivido en el reino por tiempo de diez años; los hijos de padres españoles ó por lo menos de padre nacido y natural del reino, que los hubieren hallándose fuera por causa de servicio público ú órden del rey sin contraer domicilio fuera del reino.

Las Constituciones de 1837, 1845, 1869 y 1876, están acordes en declarar españoles: á los nacidos fuera de España de padre ó madre españoles.

Y el decreto de 1852 en consonancia declara extranjeros á los hijos de padre extranjero y madre española, nacidos fuera de España, mientras no reclamen nacionalidad española; los de iguales condiciones nacidos en España en tanto que no produzcan reclamacion; los nacidos fuera de España, de padres españoles que pidiesen la nacionalidad.—(*Nota de la trad.*)

(2) L. XIX, ff., *De stat. homin.*

te, en principio, á nuestros actos de reconocimiento para comprobar la paternidad natural, admiten como regla general que los hijos naturales siguen la condicion de la madre: « *Vulgo quœgitus matrem sequitur* (1). *Lex naturœ hœc est ut qui nascitur sine legitimo matrimonio matrem sequatur* (2). Otras legislaciones tambien admiten que el hijo natural sigue la condicion de la madre, á menos que sea reconocido por el padre.

El niño, independientemente de la ciudadanía, adquiere el domicilio legal, que se llama domicilio de orígen; y este es el del padre ó el de la madre, segun la distincion que acabamos de hacer. La ciudadanía se conserva durante la menor edad, porque, durante este período, el niño no tiene, legalmente hablando, ninguna voluntad. Despues de la mayor edad, la presuncion legal está siempre de parte de la conservacion de la nacionalidad de orígen. Observemos, sin embargo, que el individuo que reclama la cualidad de ciudadano de una patria por derecho de orígen, debe probar la posesion de estado segun la ley de su país, cuya posesion, por muy bien fundada que esté, no engendra más que una simple presuncion de nacionalidad, que puede ser destruida probando que el reclamante habia perdido la nacionalidad de orígen por una de las causas determinadas por la ley.

En todas las legislaciones vemos que la ciudadanía se adquiere bajo ciertas condiciones por el beneficio de la ley, y que se pierde por la realizacion de ciertas circunstancias. De todos modos, debe consultarse siempre la ley de cada nacion para decidir cuáles son los ciudadanos y cuáles los extranjeros; en qué casos debe considerarse adquirida ó perdida la ciudadanía, y cuáles son las condiciones que deben llenarse para volver á adquirirla cuando se la ha perdido. Con el fin de precisar las ideas, preferimos exponer las disposiciones del Código civil italiano, comparándolas con las del Código de Napoleon, para determinar cuáles son las personas que viven bajo la proteccion de nuestra ley y que pueden pedir su aplicacion.

54. Es ciudadano por derecho de nacimiento todo aquel que ha nacido de un padre ciudadano *(Código civil italiano,* artícu-

---

(1) L. XIX, ff. *De stat. homin.*

(2) L. XXIV, id.

lo 4.° (1) Evidentemente nuestro legislador considera la ciudadanía como dependiente del orígen y de la sangre mas bien que del territorio, y, por lo tanto, no hace ninguna distincion entre el niño nacido en el reino ó en el extranjero, de un matrimonio legítimo ó ilegítimo. Si el padre es conocido, todo indivíduo nacido de un padre italiano es italiano de pleno derecho; si el padre es desconocido, es ciudadano el niño nacido de una madre ciudadana (art. 7.°) (2); si, por último, el padre y la madre son desconocidos, es ciudadano el niño nacido en el reino.

El art. 10 del Código de Napoleon está conforme con nuestro art. 4.°; y en Francia se ha decidido que un indivíduo, nacido en el extranjero de un padre francés, sea reputado como francés, en tanto que no esté justificado que su padre ha perdido su cualidad de francés por uno de los medios especificados por la ley (3). Se ha considerado además como francés

---

(1) **Art. 4.° «Es ciudadano el hijo de un padre ciudadano.**

(2) ***Código civil italiano,*** **art. 7.° «Si el padre es desconocido, es ciudadano el hijo de madre ciudadana.—Si la madre hubiere perdido el derecho de ciudadanía con anterioridad al nacimiento del hijo, se aplicarán á éste las disposiciones de los dos artículos precedentes.—Si tampoco es conocida la madre, es ciudadano el hijo nacido en el reino.»**

**Los artículos 5.° y 6.°, están concebidos de este modo:**

**Art. 5.° «Si el padre ha perdido el derecho de ciudadanía antes del nacimiento del hijo, éste es reputado como ciudadano si ha nacido en el reino y tiene en él su residencia.—Puede, sin embargo, dentro del año siguiente á su mayor edad, tal como la determinan las leyes del reino, optar por la cualidad de extranjero, haciendo la declaracion ante el oficial del registro civil de su residencia, ó, si se encuentra fuera de Italia, ante los agentes diplomáticos ó consulares.»**

**Art. 6.° «El hijo nacido en país extranjero de padre que ha perdido la ciudadanía antes del nacimiento de aquél, se reputa extranjero.—Puede, sin embargo, optar por la cualidad de ciudadano siempre que haga la declaracion indicada en el artículo precedente y fije en el reino su domicilio dentro del año siguiente á la realizacion de aquel acto.—Sin embargo, si ha aceptado un empleo público en el reino, si ha servido ó sirve en el ejército ó armada nacionales, ó ha cumplido en otra forma con las leyes de reemplazo, sin invocar como exencion la cualidad de extranjero, se le reputará por tales actos como ciudadano, sin necesidad de cumplir otras formalidades.»**

(3) ***Crim. rej.*** **25 de Enero de 1838.**

al individuo nacido en España de un padre francés, á pesar de que éste, en su contrato matrimonial, tomase la cualidad de español, y que de buena fé hubiese prestado juramento á la Constitucion española (1).

Nuestro Código establece cinco maneras, segun las cuales, los individuos, aunque de origen extranjero, pueden adquirir la cualidad de italianos bajo condiciones ménos rigurosas que las del derecho comun en materia de naturalizacion, de lo cual hablaremos aparte, ó adquieren esta cualidad de pleno derecho con la facultad de renunciar á ella.

*A*. Todo individuo nacido en el reino, de un extranjero que ha establecido en él su domicilio durante diez años consecutivos, es considerado como ciudadano. Nuestra ley declara, sin embargo, expresamente, que la residencia por causa de comercio no es suficiente, en caso semejante, para determinar el domicilio. Esta disposicion, que considera como ciudadano de pleno derecho al hijo de un extranjero nacido en el reino bajo ciertas condiciones, no ha querido ciertamente poner en vigor la nacionalidad *jure soli*; pero ha interpretado las tendencias naturales y la presunta voluntad del mismo individuo. Es razonable, en efecto, que una persona nacida en Italia, de un padre que se halla domiciliado desde hace diez años, que ha aprendido nuestro idioma, que se ha asimilado á nuestras costumbres, á nuestras instituciones y á nuestros hábitos; que ha tomado apego al lugar de su nacimiento, ignorando probablemente la patria de su padre, es razonable, decimos, que este individuo deba ser considerado más bien como italiano que como extranjero. No obstante, se le concede la facultad de escoger la cualidad de extranjero, siempre que haga la declaracion dentro del año despues de llegar á su mayor edad (2).

---

(1) Burdeos, 15 de Diciembre de 1841; Dolloz, *Derecho civil*, número 68.

(2) *Código civil italiano*, art. 8.

Es reputado ciudadano el hijo nacido en el reino de un extranjero domiciliado en él sin interrupcion durante los diez últimos años; la residencia por asuntos de comercio no basta para determinar el domicilio. Puede, sin embargo, elegir la cualidad de extranjero, haciendo su declaracion en tiempo oportuno y con arreglo á lo prescrito

Creemos que el artículo 9 del Código de Napoleon reproduce las tradiciones de la antigua legislacion, que declaraba francés de pleno derecho á todo indivíduo nacido en Francia (1). Este artículo establece, efectivamente, que: «Todo in»divíduo nacido en Francia de un extranjero, podrá, al año »siguiente de haber llegado á su mayor edad, reclamar la »cualidad de francés, siempre que, en el caso de residir en »Francia, declare que su intencion es fijar su domicilio en el »país, y que, en el caso de residir en el extranjero declare so»lemnemente su propósito de fijar en Francia su domicilio, y »que efectivamente se establezca en ella en el término de un »año, á contar desde el acto de la declaracion (2).»

El legislador no hace ninguna diferencia entre el hijo cuyos padres se encuentran de paso en Francia y el hijo nacido de extranjeros que hubiesen fijado allí su domicilio; el uno, como el otro, pueden ser franceses, llenando las condiciones requeridas por el artículo 9. Observemos, además, que la palabra *reclamar*, en la precision del lenguaje jurídico, supone

---

en el art. 5. Si el extranjero no hace diez años que tiene fijo su domicilio en el reino, el hijo es reputado extranjero, pero le son aplicables los dos últimos párrafos del art. 6.º

(1) Antes de 1789, todo indivíduo nacido en Francia estaba considerado como francés, y era súbdito del rey. V. Bacquet, *Derecho de Albinagio*, t. IV, cap. 32; Domat, *Derecho público*, lib. I, título VI, seccion 6, núm. 5. Este principio se ha conservado en todas las Constituciones posteriores.

(2) En el proyecto primitivo del Código civil francés, estaba redactado el art. 9.º de un modo muy diferente á como lo ha sido definitivamente, pues consagraba el antiguo principio europeo, que atribuia en principio la nacionalidad al lugar del nacimiento. Los verdaderos franceses naturales, eran, segun la definicion de Bacquet, los que nacian en los dominios franceses, incluso en las colonias. Todo el indivíduo nacido en Francia era francés segun el proyecto presentado al Consejo de Estado, y así lo habian reconocido tambien todas las Constituciones de Francia desde 1789. Pero este principio fué desechado en el curso de la discusion como demasiado absoluto, y el indivíduo nacido en Francia de padres extranjeros sólo obtiene una aptitud especial para ser francés, si así lo quiere, al llegar á la mayor edad.

(*N. de P. F.*)

un derecho preexistente, y, por consiguiente, los comentadores han sostenido razonablemente que se ha querido consagrar el sistema de la retroactividad (1), en el sentido de que la declaracion hecha en el año de la mayor edad, tendria efecto retroactivo á la época del nacimiento del hijo, y le imprimiria la cualidad de francés, á contar desde esa época. Por consiguiente, ¿á título de qué se ha querido suponer un derecho preexistente á la nacionalidad francesa en favor del hijo nacido en Francia de extranjeros que están de paso (2), sino á título de transaccion entre las dos opiniones diametralmente opuestas de las dos secciones de legislacion, de las cuales una, en conformidad con el proyecto primitivo presentado al Consejo de Estado, queria reproducir en el nuevo Código, el antiguo principio de que todo individuo nacido en Francia era por esto sólo francés de pleno derecho?

El artículo 8 del Código civil italiano está basado, por el contrario, en las tendencias naturales del individuo y en su presunta voluntad; por esto dispone que los nacidos en el reino de padres extranjeros que no han fijado su domicilio desde hace diez años, sean reputados como extranjeros, salvo, no obstante, la facultad que se les concede de escoger la ciudadanía italiana haciendo la declaracion ante el delegado del estado civil, y fijando su domicilio en el reino dentro del año en que se ha hecho la declaracion.

En la legislacion francesa encontramos otra disposicion en la cual se revelan más claramente las influencias de la antigua legislacion, que establecia el principio de la sujecion *jure soli*. La ley de 22 y 29 Enero y 7 de Febrero de 1851, artículo 1.°, establece que: «Es francés todo individuo nacido en »Francia de un extranjero que haya nacido tambien allí, á »ménos que, en el año siguiente á la época de su mayor »edad tal como se halla fijada por la ley francesa, reclame »la cualidad de extranjero por una declaracion hecha, sea »ante la autoridad municipal del lugar de su residencia, sea »ante los agentes diplomáticos ó consulares acreditados en »Francia por los Gobiernos extranjeros.» El beneficio conce-

(1) Merlin, *Repert.*; V.° *Francés*, § 1, núm. 1; Toullier, 1, 261; Zachariæ, 1, § 69.

(2) *Cas. franc.*, 5 de Mayo de 1862; *Dev.*, 1862, 1, 657.

dido por esta disposicion es independiente de toda condicion de residencia, sea del lado del que la invoca, sea del lado de las personas á quienes debe su existencia. Es suficiente «para que el hijo pueda pedir ese beneficio, que haya nacido en Francia y que su padre ó su madre haya nacido allí igualmente; de modo que si el nacimiento del padre y del hijo hubiesen ocurrido en el curso de un viaje, este último seria francés de pleno derecho. La redaccion clara y precisa del artículo y las declaraciones de la comision, que dice haber suprimido la palabra *residencia* para evitar las dificultades que podrian surgir, prueban suficientemente hasta qué punto se hallan vivas en Francia las tradiciones de la legislacion antigua, segun la cual se consideraba como súbdito del rey á todo individuo nacido en territorio francés (1).

Podria suscitarse una duda acerca de si el beneficio concedido al hijo nacido en nuestro reino de un extranjero que no estuviese domiciliado desde hace diez años, podria extenderse tambien al hijo concebido en el reino y nacido en el extranjero, en virtud del principio *infans conceptus pro nato habetur, quoties de commodo ejus agitur*. Somos de opinion que, habiendo empleado el legislador la palabra *nato*, no puede extenderse la disposicion al niño *concepto*, y que la ficcion por la cual se conceptúa como ya nacido al niño solamente

---

(1) Véase Zachariæ, t. I, § 70.

La ley de 7 de Febrero de 1851 ha tenido principalmente por objeto limitar los injustos privilegios que se atribuian ciertos individuos que, nacidos de familias tiempo há establecidas en Francia, y tratados en todas partes como franceses, apelaban á su tradicional extranjería para librarse de las cargas anejas al título de ciudadano, principalmente á la del reclutamiento militar. Habia muchos centenares de miles de individuos que se hallaban en esta posicion equívoca. Podrá suceder que, segun observan los anotadores de Zacarías, Mr. Aubry y Mr. Rau, hayan traspasado los autores de esta ley el límite de lo que se proponian, estableciendo una regla absoluta cuya consecuencia seria la de que, áun cuando el nacimiento del padre y del hijo se hubiera verificado durante un viaje por nuestro país, seria el último francés de pleno derecho. En lo que no lleva razon Fiore es en considerar la disposicion de esta ley—muy justificada por los abusos que ha venido á remediar—la influencia de las tradiciones de la legislacion antigua.

(*N. de P. F.*)

concebido, no puede tener valor en todos los casos. Sin embargo, si el padre hubiese seguido teniendo su domicilio en el reino despues del nacimiento del niño, y si el nacimiento en el extranjero pudiese ser considerado como un hecho accidental y de paso, podria aplicársele la disposicion del art. 8. El hecho solo de la concepcion; difícil á veces de comprobar y susceptible de numerosas controversias; no puede por sí solo ser suficiente para fijar una cualidad tan importante como la de la nacionalidad (1); pero si, independientemente del hecho de haber sido concebido, el niño se hubiera criado y recibido su educacion en el reino, las facilidades del artículo 8.°, fundadas en las atracciones instintivas de los lugares en que el niño se desarrolla y pasa su niñez, no deberian desestimarse por el solo motivo de que habia nacido accidentalmente en el extranjero durante un viaje (2).

*B*. El segundo caso en que puede adquirirse la ciudadanía italiana por la disposicion de la ley, es en el que es objeto del artículo 5. Si el padre ha perdido el derecho de ciudad antes del nacimiento del niño, este es considerado ciudadano si ha nacido en el reino y si tiene en él su residencia. Es este un beneficio que el legislador ha concedido al niño en consideracion á la sangre y al hecho del nacimiento y de la residencia, suficiente para hacer presumir la voluntad de pertenecer á nuestra nacion. Se concede además al hijo optar por la cualidad de extranjero, haciendo la declaracion ante el delegado

---

(1) Conf. Duranton, t. I, núm. 130; Demolombe, núm. 164.

(2) Confr. Richelot, t. I, p. 115; Caen, 5 de Febrero de 1813; proceso Montalembert, V°. *Emigrado*.

Esta misma solucion dá la jurisprudencia francesa. Admítese, en efecto, que el hijo nacido en el extranjero, de padres extranjeros, no puede prevalerse de las disposiciones del art. 9.° del Código civil, por más que su concepcion se hubiese verificado en Francia, no siendo aplicable á este caso la máxima *infans conceptus pro nato habetur, quoties de commodis ipsius agitur*, porque resulta del texto del art. 9 y de la discusion en el Consejo de Estado, que solo el nacimiento en suelo francés dá derecho al beneficio de que se trata. V. Zacarías, edic. de Aubry y Rau, prim. parte, cap. IV, § 70, t. I, nota primera, página 209.

(*N. de P. F.*)

del estado civil durante el año siguiente al de la mayor edad determinada por las leyes del reino (1).

*C.* El hijo nacido en el extranjero de un padre que fué anteriormente italiano, pero que ha perdido esta cualidad antes del nacimiento de aquél, puede adquirir la ciudadanía italiana, haciendo la declaracion ante el delegado de la autoridad civil, dentro del año de la mayor edad, y fijando su domicilio en el reino, dentro del año despues de hecha la declaracion (art. 6.° § 2). No obstante, si ha aceptado un empleo público en el reino, ó si ha servido ó sirve en el ejército de tierra ó de mar, sin invocar la excepcion fundada en su cualidad de extranjero, será solamente por esto considerado como ciudadano. Concuerda esta disposicion con el párrafo 2.°, art. 10 del Código de Napoleon. Hay, sin embargo, la notable diferencia de que nuestro legislador ha prescrito que la declaracion debe ser hecha dentro del año de la mayor edad, mientras que el Código francés ha concedido al hijo el derecho de reclamar *siempre*, en estas condiciones, la cualidad de francés (2).

---

(1) Recordemos los términos del art. 5.° del Código civil italiano: «Si el padre ha perdido el derecho de ciudadanía antes del nacimiento del hijo, éste es reputado como ciudadano si ha nacido en el reino y tiene en él su residencia.

Puede, sin embargo, dentro del año siguiente á su mayor edad, tal como la determinan las leyes del reino, optar por la cualidad de extranjero, haciendo la declaracion ante el delegado del estado civil de su residencia, ó si se encuentra fuera de Italia ante los agentes diplomáticos ó consulares.»

(*N. de P. F.*)

(2) Derogando, la ley francesa de 22 de Marzo de 1849, el art. 9.° del Código civil, permite reclamar la cualidad de francés en cualquier época; 1.° á los que han servido en los ejércitos franceses de mar ó de tierra; 2.° á los que se han sometido á la ley del reclutamiento sin alegar su extranjería. El indivíduo colocado en estos dos casos ha soportado voluntariamente las cargas que trae consigo la cualidad de francés; es, pues, justo que disfrute tambien los derechos, tanto más cuanto que sino los ha reclamado en tiempo oportuno, debió ser probablemente por olvido ó por ignorancia.

El art. 6.° del Código civil italiano declara extranjero al hijo nacido en país extraño y de un padre que ha perdido la cualidad de italiano. Sin embargo, si ha aceptado un destino público en el reino, si sirve ó ha servido en el ejército, ó si se ha sometido á la ley del reclu-

*D.* Segun nuestra ley son ciudadanos los hijos menores del extranjero que ha obtenido la ciudadanía, con tal que ellos tambien hayan fijado su residencia en el reino. Se les concede, no obstante la facultad de optar por la cualidad de extranjeros, haciendo la declaracion segun las reglas establecidas más arriba. En la legislacion francesa, por el contrario, vemos que el hijo del extranjero naturalizado posteriormente no es considerado como ciudadano, pero sí admitido á reclamar la cualidad de francés, haciendo la declaracion dentro del año de la mayor edad, si en la época de la naturalizacion era menor, y en el año siguiente de la naturalizacion, si era ya mayor de edad cuando esta tuvo lugar. (Ley de 22 y 29 de Enero y 7 de Febrero de 1851, art. 2.°). Mas adelante volveremos á tratar de estas disposiciones.

*E.* Nuestras leyes confieren, por último, la ciudadanía á la mujer extranjera que se casa con un italiano, la cual se hace italiana por el hecho solo de su matrimonio (art. 9.°). Esta disposicion, que se halla justificada por la indivisibilidad de los cónyuges, los cuales forman, moralmente hablando, una sola persona, y que corresponde al art. 2.° del Código de Napoleon, no está aceptada por todas las legislaciones. Segun la ley inglesa, la mujer que se casa con un extranjero conserva su nacionalidad, aunque haya adquirido la del marido. Esta diversidad del derecho positivo es muy grave, porque coloca á la mujer en condiciones de tener dos nacionalidades distintas. No hay medio alguno para evitar este inconveniente, puesto que segun nuestras leyes, el cambio de nacionalidad se opera por el hecho solo del matrimonio, á pesar de toda estipulacion ó declaracion contraria de la futura esposa (1).

---

tamiento sin alegar su cualidad de extranjero, es reputado como italiano. Esta disposicion es completamente análoga, como vemos, á la ley de 22 de Marzo de 1848, pero se notará que en Italia, el hecho de haber desempeñado funciones civiles da las mismas ventajas que en Francia el haber servido en el ejército. Bajo este punto de vista, la ley italiana es preferible á la francesa.

(*N. de P. F.*)

(1) «La mujer extranjera que contrae matrimonio—dice el artículo 9.° del Código civil italiano—adquiere el derecho de ciudadanía y le conserva durante la viudez.» El art. 14 del mismo Código dice: «que

Puede surgir la duda de si la mujer casada con un italiano seguirá siendo italiana, áun en el caso en que el matrimonio haya sido declarado nulo. La respuesta será afirmativa si ha contraido el matrimonio de buena fé, porque, segun el artículo 9.°, la mujer adquiere la nacionalidad del marido por el hecho solo del matrimonio, y por el art. 116 el matrimonio putativo produce los efectos civiles en favor del cónyuge de

---

la mujer ciudadana que contrae matrimonio con un extranjero, se hace extranjera si por el hecho del matrimonio adquiriere la nacionalidad del marido. En caso de viudez, recobra sus derechos, si reside en el reino ó regresa al mismo, declarando en ambos casos ante el delegado del Estado civil, su voluntad de fijar en Italia su domicilio.»

Recuerda Mr. Huc que, al tiempo de la elaboracion de este Código, quiso Mr. Estefani-Nicolosi que el texto difinitivo declarase: 1.°, que la extranjera que se casase con un italiano, no seria por esto italiana si las leyes de su país establecian algo en contrario; 2.°, que la italiana que se casase con un extranjero no perderia su nacionalidad primitiva sino en el caso en que pudiese adquirir la de su marido, con arreglo á las leyes del país de este último. Estas dos proposiciones, continúa Mr. Huc, son consecuencias inseparables de un mismo principio. Sin embargo, la primera es rechazada por el art. 9.° que declara italiana á toda extranjera que se casa con un italiano, al paso que la segunda ha sido admitida por el art. 14, segun el cual la italiana que se case con un extranjero no pierde su nacionalidad sino cuando adquiere por razon del matrimonio, la de su marido. En esto hay una evidente inconsecuencia. La legitimidad de las distinciones propuestas puede ser en el fondo formalmente rechazada: no hay, en efecto, una relacion necesaria entre la pérdida de la nacionalidad originaria, del *status civitatis*, y la adquisicion de una nacionalidad extranjera. Trátase aquí de una presuncion de la ley, en virtud de la cual la mujer que se casa con un extranjero renuncia á su *status civitatis*; es muy natural que pierda dicho *status*, áun cuando no pueda adquirir el de su marido. Podrá, por el contrario, la inglesa que se hubiese casado con un italiano ó con un francés, tratar como italiana ó como francesa, porque la situacion es la misma en el Derecho francés. Poco debe importar en Francia ni en Italia que la ley inglesa persista en considerar á esta mujer como inglesa. Esta hipótesis debe tratarse lo mismo que aquella en que, segun el Código francés, se pierde la nacionalidad al establecerse en un país extranjero sin intencion de volver al propio. Poco importa que el francés establecido haya obtenido ó no su naturalizacion en este país.

(*N. de P. F.*)

buena fé. La solucion deberá ser en sentido contrario, si la mujer ha contraido el matrimonio de mala fé (1). Merlin piensa, sin embargo, que, dada esta hipótesis, la mujer conservaria la nacionalidad del marido, mientras el matrimonio no fuese anulado. Cuando el matrimonio no es nulo de pleno derecho, dice, la mujer debe ser considerada en todo como casada, hasta que se declare la nulidad por una sentencia judicial. Esta opinion está fundada en los verdaderos principios, porque el matrimonio putativo existe y produce todos sus efectos hasta que se declara la nulidad; el hecho mismo del matrimonio es el que confiere á la mujer la nacionalidad de su marido. En conformidad con esta doctrina se ha decidido en Francia que, aún el segundo matrimonio de un francés en el extranjero, viviendo su primera mujer, confiere á la esposa extranjera la cualidad de francesa, pudiendo ser autorizada la mujer para acusar á su marido ante un tribunal francés por el delito de bigamia que habria cometido (2).

---

(1) Merlin, *Répert.*, V.° *Mariage*, sec. 6, § 2, *cuest.* 4, sur l, *article* 184. *Code Nap.*; Delvincourt, p. 15, nota 7.

(2) Dalloz, *Derecho civil*, núm. 155; *Crim. rej.*, 18 de Febrero de 1819, proceso Sarrazin, V. *Bigamia*, núm. 16.

La extranjera que se casa con un francés se convierte por solo este hecho en francesa; tal es la disposicion del art. 12 del Código civil. Este cambio de nacionalidad, observa Zacarías, se verifica á pesar de cualquier estipulacion ó protesta que haga en contrario la futura esposa, y á pesar de que fuese de menor edad; pero está subordinado, añade el mismo, á la validez de la union conyugal; un matrimonio putativo no es suficiente para conferir la nacionalidad á una extranjera que quisiese reclamarla de buena fé. Sus anotadores, Mr. Aubry y Rau, aprueban y esplican esta solucion en estos términos: «verificándose el cambio de nacionalidad de pleno derecho áun contra la voluntad de la extranjera, en el caso en que sea válido el matrimonio contraido con un francés, no puede admitirse sin inconsecuencia que, cuando el matrimonio es nulo, depende únicamente la adquisicion de la nacionalidad francesa, de la voluntad de esta extranjera, y que esté esta autorizada para rechazarla ó reclamarla á su antojo.» (*Curso de Derecho francés*, primera parte, cap. IV, § 73. t. I, p. 236). Sin embargo, el tribunal de Bordeaux ha fallado, en 14 de Marzo de 1850, que la mujer casada con un francés en el extranjero, es lo natural que desconozca la ley francesa, y cuando el cumplimiento de ciertas formalidades por parte del marido ha traido consigo la nulidad del ma-

55. En cuanto á la pérdida de la nacionalidad italiana, observemos que, independientemente de la naturalizacion en país extranjero, de que hablaremos más adelante, nuestras leyes determinan cinco modos de perder la cualidad de italiano (1).

*A*. Por renuncia hecha con declaracion ante el delegado del estado civil del propio domicilio, y trasladando la residencia á país extranjero. Estando considerada la ciudadanía por nuestra legislacion como una relacion voluntaria y libre, debia razonablemente admitirse la facultad de renunciar á ella.

*B*. Aceptando fuera del reino un empleo de un Gobierno extranjero. Se sobrentiende que nuestras leyes se refieren á

---

trimonio, debe este producir, sin embargo, los efectos civiles, tanto respecto de la mujer, como de los hijos comunes (Dalloz II, 78). En 1846 juzgó el Tribunal de casacion que, admitiendo que el decreto de 26 de Agosto de 1811 castiga con la pérdida de sus derechos civiles al francés naturalizado en el extranjero sin autorizacion, el matrimonio contraido en su nueva patria, con una mujer que ignoraba su incapacidad, produce sus efectos civiles respecto de esta mujer y de los hijos nacidos de este matrimonio. (Dalloz, I, 257). No sucede lo mismo si la mujer conocia el vicio de esa union.

(*N. de P. F.*)

(1) Hé aquí la disposicion del art. 11 del Código civil italiano: «El derecho de ciudadanía se pierde: 1.° Por aquel que lo renuncia por medio de declaracion hecha ante el delegado del estado civil del propio domicilio, seguida de la traslacion de su residencia á país extranjero.—2.° Por el que haya obtenido la ciudadanía en país extranjero.—3.° Por el que sin autorizacion del Gobierno hubiese aceptado empleo ó entrado al servicio militar de una potencia extranjera.—La mujer y los hijos menores de edad de los que hayan perdido la ciudadanía, se hacen extranjeros, escepto en el caso de haber continuado teniendo su residencia en el reino....»

Piérdese, pues, la nacionalidad en Italia: 1.° por efecto de una renuncia formal ante el oficial encargado del estado civil de su domicilio, seguida de la variacion de su residencia á país extranjero. De este modo se evitan las dificultades relativas á la prueba de la intencion; 2.° por la naturalizacion en país extranjero; 3.° por todo cargo civil ó militar aceptado en país extranjero sin autorizacion de su Gobierno. Estas disposiciones consagran una innovacion radical sobre los principios de la jurisprudencia anterior.

(*N. de P. F.*)

cargos políticos, administrativos ó judiciales, á cargos diplomáticos ó que tienen relacion con el ejercicio del poder público y que pueden imponer obligaciones inconciliables con las que tiene el individuo respecto á su patria.

*C.* La entrada al servicio militar de una potencia extranjera sin el permiso del Gobierno, trae consigo la pérdida de la cualidad de italiano.

*D.* Casándose con un extranjero, la mujer italiana pierde su nacionalidad, si por el hecho de su matrimonio adquiere la ciudadanía del marido. El legislador ha querido con esta disposicion precaver el inconveniente práctico de que la mujer italiana pueda encontrarse sin nacionalidad. Antes de la publicacion del *Estatuto 7 y 8 Victoria*, c. 61, art. 16, la mujer francesa que se casaba con un inglés, por el hecho del matrimonio, perdia su cualidad de francesa (Código de Napoleon, art. 19), y no adquiria la cualidad de inglesa. Despues del estatuto de la reina Victoria, toda mujer que se cása con un inglés es considerada como naturalizada, y tiene todos los derechos de una inglesa.

*E.* Por último, la mujer y los hijos menores de edad del que ha perdido la nacionalidad, son extranjeros, á menos de que hayan seguido teniendo su residencia en el reino. De este artículo volveremos á tratar en el capítulo siguiente.

56. Las disposiciones de que acabamos de hacer mencion y á que se refieren los artículos 11 y 12 del Código civil italiano, corresponden en gran parte á las que se hallan comprendidas en los artículos 17, 19 y 21 del Código de Napoleon, modificadas por los decretos imperiales de 5 de Abril de 1809 y 26 de Agosto de 1811. El Código de Napoleon tiene, sin embargo, una disposicion especial que no se encuentra en nuestra legislacion. El establecerse en país extranjero, con intencion de no volver á su patria, ės suficiente para perder la cualidad de francés (art. 17, núm. 3). (1)

57. En cuanto á la reintegracion en la cualidad de ciudadano italiano para los que han perdido la ciudadanía, ya por

---

(1) El Código italiano no admite la pérdida de la nacionalidad por establecerse en país extranjero sin intencion de regreso; ni aún siquiera habla de ello.

haberse hecho naturalizar en una nacion extranjera, ya por haber consumado un acto que la ley considere suficiente para presumir una renuncia tácita, la misma ley dispone que la mujer italiana casada con un extranjero, al enviudar, puede recobrar la ciudadanía si reside en el reino, si regresa á él, ó si declara ante el delegado del estado civil que quiere fijar en el mismo su domicilio (art. 14, § 2). Esta disposicion se aplica tambien à la mujer que se convierte en extranjera porque su marido ha perdido la nacionalidad (art. 11, § 4 y 5).

Los hijos menores que pasan á ser extranjeros por la pérdida de la nacionalidad del padre, pueden recobrarla haciendo la declaracion dentro del año de su mayor edad, ante el delegado del estado civil de su residencia, ó ante los agentes consulares ó diplomáticos del reino en el extranjero (artículo 11, § 5).

Además, los que hubiesen perdido la nacionalidad por otros motivos que los que hemos señalado, pueden recuperarla: 1.° volviendo á entrar en el reino con permiso especial del Gobierno; 2.° renunciando á la nacionalidad extranjera, al empleo ó al servicio militar aceptados en país extraño; 3.° declarando ante el delegado del estado civil que quieren fijar, y fijando realmente, su domicilio en el reino (art. 13).

Habiendo expuesto brevemente los principios de nuestra legislacion para distinguir quiénes son ciudadanos por derecho de nacimiento y quiénes extranjeros, quiénes se hacen ciudadanos por beneficio de la ley y quiénes pierden la nacionalidad italiana, y las maneras por las cuales se puede recuperar la nacionalidad perdida, tratemos ahora de algunas cuestiones que pueden dar lugar á conflictos de legislaciones.

58. Supongamos un niño nacido en Italia y que haya sido inscrito en los registros del estado civil bajo el nombre de su madre italiana y de padre desconocido. Segun nuestras leyes, este niño debe ser reputado ciudadano italiano, en virtud del artículo 7 del Código civil: «*Es ciudadano el hijo nacido de una madre ciudadana.*» Si el padre natural de este niño es un francés, y éste, durante la menor edad de aquél, le ha reconocido como su hijo natural, ¿el reconocimiento hará *ipso facto ipsoque jure* francés á este niño, en virtud del artículo 10 del Código civil, que establece que: «*Todo niño nacido de un francés en territorio extranjero es francés?*»

La cuestion no está exenta de dificultades, ni los autores acordes respecto á su solucion. Segun de Chassat (1) y Duranton (2), el hijo deberia conservar la nacionalidad de la madre. «El hijo, dice de Chassat, pertenece á la patria antes de pertenecer á sus padres, no en virtud del principio feudal del nacimiento en el territorio, sino en virtud del principio político romano, segun el cual, todos nacemos miembro de alguna patria. Si el hijo ha adquirido la cualidad de ciudadano, no debe permitirse á un extranjero que prive á la patria de un ciudadano.» A estas razones, añade Dalloz: «La cualidad de francés, una vez adquirida, no se pierde sino por uno de los modos enunciados en los artículos 17 y 18 del Código de Napoleon (3).»

En este caso podríase, pues, decir, que no habiendo señalado el Código civil italiano entre las maneras de perder la nacionalidad el reconocimiento por parte de un padre natural, el hijo deberia conservar su nacionalidad de orígen.

Otros autores pretenden que debe dejarse al libre albedrío del hijo el escoger entre la nacionalidad del padre ó la de la madre (4). Otros por fin, y entre ellos Legat, Demolombe y Marcadé (5), sostienen que, entre los efectos del reconocimiento, debe contarse tambien el cambio de nacionalidad. Participamos de esta opinion, porque la hallamos basada en más sólidas razones.

Acerca de la condicion del hijo natural, segun la ley italiana, y sobre sus relaciones con su padre, no se puede razonar tomando por base el Derecho romano. La union ilícita, segun los romanos, no producia ningun lazo entre el padre y el hijo; por el contrario, el reconocimiento es, entre nosotros, fundamento de importantes relaciones jurídicas entre el padre y el hijo natural. Nuestras leyes, aunque no concedan al padre que reconoce á su hijo todos los derechos pater-

---

(1) De Chassat, *Des Statuts*, núm. 224.

(2) Duranton, t. 1, p. 80, 83.

(3) Dalloz, *Répert*, tomo 5.° *Droits civils et politiques*, sect. 2 artículo 1.°

(4) Richelot, t. 1.°, p. 111.

(5) Legat, *Código de los extranjeros*, p. 8 y sig.; Demolombe *De la publicacion de las leyes*, núm. 149.; Marcadé, *Revue critique de jurisp.* 1852, p. 193.

nos que el Código de Napoleon, por ejemplo, (art. 383) disponen, sin embargo, que el hijo natural reconocido toma el nombre del autor de sus dias (art. 185); que está bajo la tutela de su padre (art. 184); que necesita de su consentimiento para contraer matrimonio (art. 66), y que, en caso de disentimiento, el consentimiento del padre prevalece sobre el de la madre, si ambos le han reconocido (arts. 66, 63); concede por fin los derechos de sucesion recíproca cuando la filiacion ha sido legalmente reconocida (arts. 744, 750). Estas disposiciones que, en su espíritu, están conformes con las contenidas en los artículos 383, 148, 158, 757 y 765 del Código de Napoleon, conceden al padre la misma preponderancia sobre la madre del hijo reconocido que en el caso de paternidad legítima.

Por lo tanto, si los extranjeros pueden reconocer ante nuestras leyes á sus hijos naturales; si semejante acto, cuando no encuentra oposicion, produce todos los efectos que la ley le concede; ¿por qué se ha de negar el cambio de nacionalidad? ¿Porqué se quiere admitir que el hijo que entra en la familia del padre, que recibe su nombre, que hereda sus bienes, que está bajo su tutela, puede tener despues deberes políticos opuestos á los de su padre, que pueden estar tambien en contradiccion con sus lazos naturales, que se establecen por el reconocimiento entre el padre y el hijo? Si, en el caso de reconocimiento por ambas partes, la tutela pertenece con preferencia al padre, segun la ley italiana; si el nombre de aquél prevalece sobre el de la madre, y si predomina su voluntad, en caso de disentimiento, respecto al matrimonio del hijo, nos parece más razonable que la nacionalidad del padre deba prevalecer tambien sobre la de la madre.

A las observaciones de los adversarios de esta opinion, contestaremos que, segun nuestras leyes, los que adquieren la nacionalidad en país extranjero cesan de ser ciudadanos italianos (art. 11). Por consiguiente, si se admite que el reconocimiento es suficiente para que el hijo adquiera la nacionalidad de su padre natural, es cosa conforme con la ley que pierda la nacionalidad italiana. No es exacto que un extranjero prive á la patria de un ciudadano, pues, aunque cada individuo nace ciudadano de una patria, esta se determina principalmente segun las leyes de la sangre y del origen, más bien que por las circunstancias exteriores. Esta es la razon porque nuestras leyes consideran justamente como ciu-

dadano al hijo nacido en el extranjero de un padre ciudadano, y como extranjero al hijo nacido en el reino, de un padre extranjero. El hijo natural, por consiguiente, sigue la condicion de la madre, cuando el padre es desconocido; pero cuando este le reconoce, debe admitirse que sigue la condicion de su padre y que se hace extranjero.

No aceptamos la opinion de Richelot, que dice debe dejarse á la disposicion del hijo el optar entre la nacionalidad del padre y la de la madre, ni podemos admitir que la nacionalidad del hijo deba quedar en suspenso hasta que se encuentre en condicion de escoger, pues es necesario que cada cual tenga una patria cierta, y que se sepa si el hijo es italiano ó francés, para determinar la ley que regula su estado y sus relaciones con el padre.

La jurisprudencia francesa parece querer consagrar los principios que hemos expuesto, respecto de los efectos del reconocimiento de un hijo natural en cuanto á su nacionalidad (1).

---

(1) Duai, 19 de Mayo de 1835 (Dev. 1836, II, 97); Cass., 15 de Julio de 1840 (Dev., 1840, I, 900); Caen, 18 de Nov. de 1852 (*Journ. Du Pal.*, 1852, II, 525); Metz, 8 de Agosto de 1855 (Dev., 1857, II, 35).

Tal parece ser tambien la opinion de Zacarías, de Fœlix y de sus anotadores, Aubry, Rau y Demangeat. Su argumentacion es la siguiente: En el derecho romano, el hijo natural seguia la condicion de la madre, cosa muy natural bajo el imperio de una legislacion, segun la cual no existia *jure civili*, ningun lazo entre el hijo natural y su padre. Pero hoy, que la ley atribuye al reconocimiento de un hijo natural una relacion jurídica análoga á la que produce la paternidad y la filiacion legítimas, no hay motivo para no admitir que el hijo natural reconocido por su padre, sigue la condicion de éste, lo mismo que el hijo legítimo (Zacarías, *Curso de derecho civil francés*, tomo I, § 69, p. 206; Fœlix, *Tratado de derecho internacional privado*; cuarta edic., t. I, núm. 28).

Mas al hablar así, no ven estos autores la especie determinada supuesta por M. Fiore: un padre extranjero que reconoce, muchos años despues del nacimiento á su hijo natural, nacido de una madre oriunda de otro país. La voz del padre, aunque sea natural, debe ser, en efecto, preponderante, cuando reconoce en el momento del nacimiento. Pero ¿puede decirse lo mismo cuando el reconocimiento se ha hecho mucho tiempo despues?

Un hijo natural puede ser reconocido, aún despues de su muer-

59. ¿Qué se dirá del extranjero domiciliado tiempo há en Italia, sin intencion de volver á su patria, que haya fundado establecimientos industriales, adquirido propiedades inmuebles, y que se haya sometido á todas las cargasdel ciudadano? El domicilio decenal, que, segun nuestra ley, es suficiente para que se repute como ciudadano al hijo de un extranjero, ¿será bastante para que se considere ciudadano tambien al padre? Cierto que, en todas las legislaciones, se hace una diferencia esencial entre el domicilio y la ciudadanía. Segun el derecho romano, el *jus incolatus* y el *jus civitatis*, son esen cialmente distintos, y esta distincion se ha trasmitido á todas las legislaciones modeladas en él. Puede razonablemente discutirse si, segun la legislacion romana, el domicilio decenal traia consigo la ciudadanía, desde la Constitucion de

te (V. Valette, *Curso de derecho civil*, 1873, t. I, p. 430): suponiendo que haya vivido treinta años, por ejemplo, ¿pertenecerá á su padre el derecho de cambiar de repente y retrospectivamente su nacionalidad? La cuestion tendrá interés, bajo el punto de vista de los derechos de sucesion. El art. 339 del Código civil, admite á todos aquellos que puedan tener interés, y particularmente á aquel que sea objeto de él, á impugnar el reconocimiento, lo cual supone que pueden intentarse reconocimientos vejatorios é interesados por individuos que no tengan ningun derecho. ¿Dependerá, pues, de un individuo que no será el verdadero padre, pero que habrá ganado la cuestion ante el Tribunal, porque el hijo reconocido no haya podido reunir todas las pruebas suficientes para justificar su impugnacion, el imponer una nacionalidad á este hijo nacido en tierra estraña y de madre extranjera? Podrá objetarse que el reconocimiento produce efectos que unen el hijo al padre: convenimos en ello, pero estos efectos son derechos y deberes de familia que esta confiere ó impone; y es muy diferente dar una patria, es decir, derechos y deberes políticos. Los autores citados por Fiore, así como éste mismo, razonan muy bien para el caso en que el reconocimiento se verifique en el momento ó inmediatamente despues del nacimiento. Mas la verdadera dificultad existe en la hipótesis de un reconocimiento muy posterior al dia en que el niño nace: cuando, por ejemplo, reconocido por su madre italiana, ha tomado, por decirlo así, posicion en la vida y en la sociedad como nacional italiano. En este caso no nos parece admisible que el reconocimiento ulteriormente hecho pueda despojar al niño de la nacionalidad que tiene desde su nacimiento, ó deberia, cuando menos, concedérsele el derecho de opcion, como quieren M. Duranton y M. Richelot (Duranton, t. I, 123 á 126; Richelot, I, 66).

Antonino (1), y especialmente desde la Novela de Justiniano (2). El Tribunal de casacion de Milan (3), en el proceso de Elena Comm. Domenico contra Delitana di Manca Ferdinando, resolvió afirmativamente; otros sostienen la negativa, pero ajustándose á nuestro Código no es posible defender la afirmativa.

Nuestro legislador determina la condicion del hijo nacido en Italia de un extranjero que tiene un domicilio decenal, y le considera ciudadano por derecho de nacimiento; pero, en cuanto al padre, nada ha dispuesto, por lo cual le son aplicables las reglas generales: es decir, que si se ha hecho naturalizar, será considerado como ciudadano, y si no se ha naturalizado, se le considerará como ciudadano de su patria de orígen. No hallamos razones suficientes para criticar nuestra ley. A primera vista, podria decirse que causa una sorpresa desagradable considerar como extranjero á un indivíduo que tiene en Italia un domicilio más que decenal, que soporta todas las cargas del Estado, y que, como se admite la renuncia tácita de la nacionalidad de orígen, en ciertos casos, deberia admitirse tambien la aceptacion tácita para el domicilio prolongado. Estas razones, sin embargo, no son suficientes para criticar nuestra ley.

Respecto á ciudadanía, es necesario eliminar los equívocos y el inconveniente práctico de que los que no son nacionales puedan reclamar la cualidad de ciudadanos ó de extranjeros, segun les plazca. Nuestra ley ha establecido que, para adquirir la ciudadanía es necesaria la naturalizacion. Si el extranjero domiciliado no se ha hecho naturalizar, se supone que no quiere renunciar á su nacionalidad de orígen, y no

---

(1) L. 17, D., *De statu hom.*
(2) Nóv. 78, c. 5.
(3) Journal *La Legge*, 1865, núm. 114.

puede agregarse un nuevo ciudadano á la patria sin una declaracion cierta y esplícita (1).

---

(1) El artículo del Código italiano, sobre el cual razona el Sr. Fiore, es el 8, así concebido: «Es reputado como ciudadano el hijo, nacido en el reino, de un extranjero que ha fijado en él su domicilio desde hace diez años sin interrupcion; la residencia por causa de comercio no es suficiente para determinar el domicilio. Puede, no obstante, escoger la cualidad de extranjero, haciendo su declaracion en el tiempo y segun el modo establecidos por el art. 5.—Si el extranjero no ha fijado desde hace diez años su domicilio en el reino, el hijo es reputado extranjero; pero las disposiciones de los dos últimos párrafos del artículo 6.° le son aplicables.

# CAPÍTULO III.

## DE LA NATURALIZACION.

**60. Qué se entiende por naturalizacion.—61, Disposiciones de la ley francesa acerca de la naturalizacion de los extranjeros.—62. Legislacion inglesa.—63. Dos formas de naturalizacion permitidas por la ley italiana.—64. Parecer del Consejo de Estado italiano sobre el valor de la naturalizacion por real decreto.—65. Consecuencias que se derivan de la union y separacion de territorio.—66. Naturalizándose el marido en el extranjero, no hace tambien extranjera á su mujer.—67. Crítica del § 4, del art. 11 del Código civil italiano.—68. Si el padre se naturaliza en otra nacion, no hace extranjero al hijo.—69. Crítica de la disposicion del Código civil italiano.—70. Condicion de los menores de Niza y de Saboya.**

60. La naturalizacion es un acto que se verifica con la intervencion de la autoridad pública y con arreglo á las formalidades establecidas por la ley del país, y en virtud del cual, es el extranjero admitido en la sociedad de los ciudadanos del Estado, con la facultad de participar de los derechos de estos, y la obligacion de compartir con ellos las cargas.

La naturalizacion está admitida en casi todas las legislaciones; pero hay, sin embargo, diferencias en las formas de concederla y en las consecuencias jurídicas que produce, las cuales se derivan de los diversos modos de considerar la calidad de súbditos. Los Estados en donde ésta es una relacion libre, fundada en la voluntad tácita ó expresa del individuo, admiten el derecho de renunciar á la ciudadanía y de elejir

otra; por el contrario, aquellos que la consideran como una relacion necesaria, admiten que el individuo declarado ciudadano no puede naturalizarse en el extranjero, sin prévio permiso de su gobierno.

61. En Francia, está arreglada la naturalizacion de los extranjeros á lo dispuesto por las leyes de 13 y 21 de Noviembre, y 3 de Diciembre de 1849, y se hace prévio informe del gobierno respectivo acerca de la moralidad del extranjero y con el acuerdo del Consejo de Estado (1). Notemos sin embargo que, despues de la Constitucion del 14 de Enero de 1852, no ha estado el emperador sujeto á éste y ha podido, en todos los ca-

---

**(1) . En Francia ha cambiado la legislacion sobre las naturalizaciones despues de la ley del 3 de Diciembre de 1849. El Senado-consulto de 14 de Julio de 1865 ha arreglado la naturalizacion en Argelia. La ley de 29 de Junio de 1867 dispone, que el extranjero que, teniendo 21 años cumplidos, hubiese obtenido autorizacion, con arreglo al artículo 13 del Código civil, para establecer su domicilio en Francia, y hubiese residido en ella por espacio de *tres años*, puede ser admitido á gozar de todos los derechos de ciudadano francés. Los tres años correrán á contar desde el dia en que hubiere sido registrada la solicitud de autorizacion en el ministerio de Justicia. La permanencia en país extranjero para ejercer una funcion conferida por el Gobierno francés se considerará como residencia en Francia. La solicitud de naturalizacion se decretará prévio el informe sobre la conducta moral del extranjero. (Art. 1.º).—El plazo de *tres años* podrá reducirse á uno para los extranjeros que hubiesen prestado en Francia servicios importantes, ó introducido una industria, inventos útiles, para los que se distingan por su gran talento, hayan fundado grandes establecimientos ó creado grandes explotaciones agrícolas (Art. 2.º).—Un decreto del 12 de Setiembre de 1870, ha autorizado provisionalmente al ministro de Justicia, para decretar, sin prévio acuerdo del Consejo de Estado, las solicitudes de naturalizacion hechas por los extranjeros que hubiesen ya obtenido autorizacion para establecerse en Francia. El decreto del 26 de Octubre del mismo año exige que el plazo de un año exigido para la naturalizacion excepcional no sea impuesto á los extranjeros que hubiesen tomado parte en la guerra para defender á Francia, sino que pudieran ser naturalizados inmediatamente despues de admitirles el domicilio, prévio el informe prescrito por la ley (Art. 1.º).—Por último, se han arreglado las condiciones de esta naturalizacion excepcional por un decreto de 19 de Noviembre de 1870.**

***(N. de P. F.)***

sos, admitirle ó rechazarle. El extranjero que aspire á la naturalizacion, debe reunir las condiciones siguientes: que tenga 21 años cumplidos; que haya obtenido autorizacion para establecer en Francia su domicilio, conforme al art. 13 del Código civil, y que lleve diez años de residencia, á contar desde la fecha de la autorizacion. Este tiempo puede, sin embargo, reducirse á un año en favor de los que han prestado algunos servicios importantes á Francia ó llevado á su nueva patria una industria, útiles inventos, talentos distinguidos, ó que tienen en ella grandes establecimientos.

Segun el Código de Napoleon (1), necesitan la naturalizacion dicha, no solo los extranjeros que quieran hacerse franceses, sino tambien los franceses que hayan perdido el derecho de ciudadania entrando en el servicio militar de una potencia extranjera (art. 21).

Sin embargo, esta disposicion fué modificada por el Decreto de 26 de Agosto de 1871, y hoy, el francés que haya entrado en dicho servicio sin la autorizacion competente, puede recobrar la cualidad perdida sin estar obligado á llenar las condiciones impuestas á los extranjeros para poder ser ciudadanos, y le basta el indulto para, si quiere, volver á entrar en Francia (2). Notemos además, que segun la ordenanza de 11 de Junio de 1814, sobre la cual está basada la ley de 3 de Diciembre de 1849, debe distinguirse la sencilla de la completa naturalizacion que concede al extranjero el derecho de ser elegido miembro de la Asamblea legislativa, y sobre la que debe haber recaido una ley. Es, sin embargo, cuestionable si esta distincion, que continuó existiendo, de la Constitucion de 4 de Noviembre de 1848, existe aún con arreglo á la de 14 de Enero de 1852. Algunos sostienen que los naturalizados no pueden tomar asiento en las Cámaras de representantes sin haber obtenido la naturalizacion completa por una ley (3). Otros sostienen, por el contrario, que no es esta nece-

---

(1) Despues de la revolucion del 4 de Setiembre de 1870, el título de *Código de Napoleon*, ha sido de nuevo reemplazado por el de *Código civil*.

(2) Demante, *Revista de Legislacion*, tomo VII, pág. 424; *Demolombe*, tomo I, número 169; *Valette*, sobre Proudhon, tomo I, pág. 128, nota (*a*).

(3) Demante, *Revista de Legislacion*, tomo II, número 320; Beudant, *Revista Crítica de Legislacion*, 1855, tomo VII, pág. 113.

saria, que basta estar naturalizado para ser elegible para dichos cargos. No es, pues, esta cuestion lo bastante interesante para que nos detengamos más en ella.

62. Segun la ley inglesa hay tres modos distintos de conceder á los extranjeros los derechos que constituyen el privilegio de los ciudadanos ingleses, y son: la naturalizacion imperfecta (1), la naturalizacion sencilla y la naturalizacion mediante un estatuto del parlamento. La primera se concede por un real decreto en forma de carta—patente, y coloca la persona en una situacion intermedia entre el extranjero y el naturalizado. Segun la ley inglesa, no goza el extranjero de los derechos civiles como el ciudadano; no tiene, por ejemplo, el de adquirir tierras, el de heredar ó trasmitir, ni ótros derechos análogos. En virtud de la naturalizacion imperfecta, es admitido al goce de casi todos los derechos civiles, lo mismo que los nacionales, y á muchos derechos políticos. Puede votar en la eleccion de los miembros de la Cámara de los Comunes, cuando reune las demás condiciones exigidas para este efecto. No puede, sin embargo, ser miembro de ninguna de ambas Cámaras, y mucho ménos del Consejo privado, ni obtener ningun cargo civil ó militar, ó recibir dotacion de la Corona. La naturalizacion imperfecta no hace perder la nacionalidad de orígen, y puede ser pedida y concedida por un tiempo determinado, y para el ejercicio de derechos especiales. Las cartas-patentes que le conceden, determinan su duracion y especifican los derechos y p ivilegios concedidos. Notemos que la concesion no es retroactiva, y por consiguiente que no confiere el derecho de trasmitirlos sino en favor de los hijos nacidos despues de la naturalizacion, y que estos heredan sólos, con exclusion de los nacidos anteriormente. El naturalizado no puede heredar tampoco los bienes de su padre, por que siendo este último extranjero no puede trasmitir por sucesion.

La naturalizacion simple, despues de los Estatutos 7.° y 8.° Victoria, c. 86, que ha modificado la antigua legislacion, se concede mediante un certificado expedido por el secretario de Estado despues de la prestacion del juramento, y hace al ex-

---

(1) El extranjero que obtiene esta naturalizacion se llama en Inglaterra *denisen*.

tranjero semejante al ciudadano inglés, en cuanto al goce de todos los derechos civiles y políticos, á excepcion del derecho á tomar asiento en el Parlamento y á ser nombrado miembro del Consejo privado. Diferénciase de la naturalizacion imperfecta en que tiene efecto retroactivo y no puede concederse por tiempo limitado. Las condiciones para poder obtener este certificado de naturalizacion, estan contenidas en el art. 6 del estatuto citado.

Por último, la naturalizacion por un estatuto particular aprobado por ambas Cámaras, es la que iguala al extranjero con el ciudadano inglés. Anteriormente á dicho estatuto, el de Jorge I, C. 4, que arreglaba la naturalizacion de los extranjeros, disponia que no podia presentarse en la Cámara legislativa ningun *bill* de naturalizacion, sino á condicion de que se declarase expresamente que el naturalizado no llegaria á tener capacidad para ser nombrado miembro del Consejo privado ó del Parlamento. Esta disposicion ha sido derogada por el artículo 2 del estatuto 7 y 8 Victoria, y en la actualidad no es necesario insertar en el *bill* de naturalizacion estas prohibiciones, á menos que sean expresamente ordenadas por la misma Cámara legislativa (1).

Hallamos en la legislacion inglesa que la naturalizacion ha sido conferida, en diferentes épocas, en virtud de estatutos generales. Así, por ejemplo, durante los reinados de Jorge II y Jorge III, para estimular á los extranjeros á entrar al servicio militar ó marítimo de la Gran Bretaña, y para poblar las colonias, se estableció que todo extranjero que, en tiempo de guerra, hubiera servido por espacio de dos años á bordo de un buque inglés, quedaria naturalizado de derecho con solo una simple prestacion de juramento; que todo protestante que hubiese residido durante siete años en una colonia inglesa, quedaria tambien naturalizado (2).

---

(1) Para más detalles y para las formas especiales, véase á Varon, Recopilacion de la jurisprudencia inglesa, cap. 12 y 13; Westovy, Legislacion inglesa, cap. 3; Westlake, Confic. of. law., cap. 2.°, § II.

(2) Estos detalles de Fiore sobre la legislacion inglesa en materia de naturalizacion, pueden ser completados, con ventaja, por la siguiente exposicion de mi respetable y sábio amigo, Wilian-Beach-Lawrence, el eminente comentador de Wheaton: «Antes del acta del Par-

63. El Código civil italiano (art. 10) admite dos formas de naturalizacion: una en virtud de una ley, y otra por real decreto. Antes de la publicacion del Código que tuvo lugar por

---

lamento de 1844, dice Lawrence, se necesitaba ordinariamente en Inglaterra, no sólo concesiones especiales del Parlamento para cada caso de naturalizacion, sino que, segun una disposicion del *act of tetslement*, del 12 Guill. III, c. 3, y revalidado de nuevo, 1 Jorge I, c. 4, y III, c. 84; pero derogado por el acta de 1844, no podia presentarse á ninguna de las dos Cámaras del Parlamento ningun *bill* de naturalizacion, á no ser que hubiese en él una cláusula en que se declarase que el peticionario no podria desempeñar ningun empleo público, ni asentarse en el Parlamento ni en el Consejo privado. Bastaba, sin embargo, para responder á las condiciones del *estatuto*, que la cláusula se hubiese insertado originariamente, y hubiera podido suprimirse enseguida, pero en el caso de naturalizacion de princesas y de príncipes extranjeros, se establecia de antemano una ley que suspendia especialmente la accion de la cláusula. Cuando tuvo lugar la naturalizacion del príncipe Alberto, esposo de la reina Victoria, en 1840, se dió una ley que abrogaba, respecto de él, la cláusula en cuestion, y despues se le concedieron todos los derechos de que hubiera podido gozar si hubiera nacido en Inglaterra.

Con arrreglo al acta 7 de Ana, c. 5, todos los protestantes extranjeros podian ser naturalizados; pero este acta fué sustituida por la 10 de Ana, c. 5, escepto en lo concerniente á los hijos nacidos en el extranjero de padres ingleses. Este estatuto exigia, sin embargo, lo mismo que el 25 de Eduardo III, que el padre y la madre fuesen súbditos ingleses; pero esta obligacion fué abolida respecto de la madre por un *dictum* de los jueces.

La naturalizacion se acordaba *ipso facto*; con las restricciones concernientes al desempeño de empleos, contenidas en los casos sobre los que estatuia el Parlamento, para aquellos que habian servido en tiempo de guerra, siquiera durante dos años, en un buque del rey, y con arreglo á ciertas estipulaciones, para los que se habian dedicado á la pesca de la ballena.

El acta 7 y 8 de Victoria, c. 66, dispone que todo individuo hijo de madre inglesa podrá heredar bienes raices y bienes muebles (*real or personal property*) ó poseerlos; pero esta acta no lo reconoce, sin embargo, como súbdito inglés bajo otras condiciones. Dispone, además, que toda mujer casada con un individuo súbdito ó naturalizado, será considerada á su vez como naturalizada, y tendrá todos los derechos y privilegios de un súbdito natural; que los extranjeros de un pueblo amigo (*alien friends*) podrán poseer toda clase de bienes muebles (*per-*

el decreto de 25 de Junio de 1865, se regia la naturalizacion por las legislaciones vigentes en los diversos Estados en que se hallaba dividida Italia. Estas legislaciones admitian tam-

---

*sonal property*), escepto *chetiels real*; que los súbditos de un Estado amigo podrán poseer tierras y demás, con el fin de residir en ellas por un término de 21 años; que los extranjeros (*aliens*) podrán hacerse naturalizar y gozar de todos los derechos de un súbdito natural, escepto los de ser miembros del Consejo privado ó del Parlamento, obteniendo un certificado del secretario del ministerio del Interior, y prestando el juramento prescrito. Este juramento no lleva consigo ninguna renuncia, por los nuevos súbditos, de su primer soberano ó de su país natal. Pareceria, en efecto, que aceptando un extranjero como súbdito británico, sólo ha tenido en cuenta Inglaterra, segun la práctica del tiempo del feudalismo, el juramento (*a*) que debe prestar el nuevo súbdito durante su permanencia en el reino. Obrando de este modo, ha mostrado Inglaterra su respeto á su propia jurisprudencia, que declaraba que «el súbdito natural de un príncipe no puede, por ningún acto que emane de sí mismo, y jurando fidelidad á otro príncipe, sustraerse al juramento de fidelidad natural que debe al primero.»

Segun el *Chief Justicé* de Inglaterra, el juramento de fidelidad absoluta y original no está, en este caso, nada más que suspendido, y puede, en lo que concierne á este país, ser recobrado, mientras que el debido á la corona de Inglaterra cesa desde el momento en que la persona sale de los dominios de la misma.

Desde 1858, se conceden los derechos y la capacidad de súbdito inglés, con la condicion expresa de que el indivíduo naturalizado con-

(*a*) La espresion *allegeance* que emplea aquí M. P. Fóderé, significa un juramento especial de fidelidad prestado por los ingleses al soberano, y fué instituido en el año 1606, bajo el reinado de Jacobo I, despues de descubierta una conspiracion. Este juramento es *natural* ó *local*; el primero deben prestarlo todos los súbditos nacidos en un país sometido al soberano de Inglaterra; el segundo los extranjeros por todo el tiempo que estén bajo su proteccion. El natural es además *perpétuo* ó *temporal*. Hé aquí la fórmula de este juramento: «Yo, fulano de tal, protesto y declaro formalmente ante Dios y ante los hombres, que seré siempre fiel y sumiso al rey.........................» El juramento de fidelidad puede imponerse á todo indivíduo mayor de doce años, pero generalmente solo se exige á los altos funcionarios.

(*N. del T.*)

bien la naturalizacion por real decreto. Despues de la publicacion del Código, que ha concedido á los extranjeros el goce de los mismos derechos civiles que disfrutan los ciudadanos

---

tinuará residiendo de un modo permanente en el Reino-Unido, y que, si en alguna época se ausentase voluntariamente por más de seis meses, sin permiso escrito de un secretario de Estado, quedará nula aquella concesion, y todos los derechos y capacidades que hubiese conferido, cesarán completa y definitivamente.

Debe observarse que, mientras en el sistema inglés es necesaria la residencia real despues de concedida la naturalizacion, no se exige en cambio para obtenerla ninguna residencia anterior.

Para tomar asiento en el Parlamento ó en el Consejo privado, es necesario el asentimiento de la reina y de las dos Cámaras; pero Lord Brughan hizo observar, al discutirse este acta, que este consentimiento no debia negarse nunca sino por motivos ó razones válidas y suficientes. En el caso de M. Luis Rischoffshein, se propuso y fué adoptado como ley un bill de este género.

En las colonias inglesas se ha concedido siempre facilidad más ó ménos grande, aun en tiempo de la restriccion sobre la naturalizacion en Inglaterra. Antes de la revolucion americana, todos los protestantes y judíos extranjeros que llevasen siete años de residencia en las colonias, eran naturalizados y tenian los mismos derechos que los naturales del Reino-Unido, escepto los de ocupar cargos públicos. Una de las razones dadas en la declaracion de independencia americana para justificar la separacion, fué la de que no se habian dado aún ordenanzas más liberales. Se declaró en son de queja contra el rey, «que se oponia al aumento de la poblacion, poniendo con este objeto grandes obstáculos á la ejecucion de las leyes para la naturalizacion de los extranjeros.

El acta del 27 de Julio de 1847 (10 y 11, bill, c. 83), dá autoridad á las actas precedentes de las legislaciones coloniales, que conferian la naturalizacion en sus respectivos límites; pero la naturalizacion en una colonia británica no dá á la persona naturalizada ningun derecho á la proteccion de Inglaterra fuera de los límites de esta colonia. Ha surgido muchas veces, respecto de la exencion de los súbditos británicos nacidos en país extranjero, una cuestion sobre la jurisdiccion del país en donde han nacido y la de aquel en donde residen. Sir Roberto Peel, miembro entonces del Gobierno de la Gran Bretaña, declaró el 4 de Abril de 1845, que las autoridades de Buenos-Aires no tenian derecho á declarar súbditos de aquel Estado á los hijos de ingleses residentes en él que hubieran nacido fuera de este Estado, pero que á los hijos de los súbditos británicos nacidos en Buenos-Aires que

(artículo 3.°), podria ponerse en duda que la naturalizacion por real decreto tenga su razon de ser, fuera de casos en que el demandante fuese un italiano perteneciente á una de las provincias no sujetas al reino de Italia. Pero examinando á fondo la cuestion, puede sostenerse la opinion contraria.

El artículo 3.° del Código italiano concede á los extranjeros el goce de los derechos civiles propiamente dichos; por consiguiente, independientemente de los tratados y de la reprocidad, puede el extranjero aceptar, trasmitir ó adquirir en Italia propiedades, muebles é inmuebles; puede heredar, hipotecar, prescribir, contratar, comparecer en justicia ser testigo en un testamento y en otros actos semejantes. Pero el artículo 3.° no confiere á los extranjeros los derechos políticos propiamente dichos, ni el goce de los derechos para que se requiere la cualidad de ciudadano. Por consiguiente el extranjero, no solo no es admitido á la eleccion política, sino que tampoco puede formar parte de la guardia nacional, ni ser capitan de un buque mercante italiano; no puede publicar un periódico, ni entrar en la administracion municipal y provincial, ni ser admitido á los cargos civiles y militares, ni gozar, en fin, de los derechos para los cuales exigen las leyes la cualidad de ciudadano.

La naturalizacion por una ley, se exije expresamente para el ejercicio de algunos derechos políticos, tales como

---

continuasen residiendo allí, obtendrian los derechos de ciudadanía y estarian sometidos á todas las obligaciones anejas á este carácter. En 1.° de Enero de 1858 escribió Lord Palmerston á M. *Christie*, en Buenos-Aires, en respuesta á una memoria dirigida al Gobierno británico relativa al alistamiento forzoso de los hijos de los extranjeros en la milicia local, que el Gobierno de S. M. no podia reclamar tales personas como súbditos británicos.

Parece, pues, que el derecho concedido por los ingleses á los hijos nacidos en país extranjero de padres ingleses, si son reconocidos súbditos de Inglaterra, no pueden en manera alguna afectar sus obligaciones con el país de su naturaleza ó de su residencia (*Comentario sobre los elementos del derecho internacional y sobre la Historia del derecho de gentes, de Enrique Wheaton*, por M. Wilian-Beach Lawrence, t. III, p. 204 y siguientes.

(*N. de P. F.*)

el derecho electoral (1) y el de ser miembro del jurado (2); más para el ejercio de los demás derechos, basta con la naturalizacion por real decreto. Concluimos pues, que aun despues de la publicacion del Código, la naturalizacion por una ley confiere al extranjero todos los derechos políticos, sin excluir el electorado político y el derecho de ser jurado, mientras que la que se verifica por real decreto le confiere el ejercicio de todos los derechos políticos ó públicos para los que no se exige expresamente la naturalizacion por la ley.

Esta opinion está basada sobre el informe emitido por el Consejo de Estado en 6 de Febrero de 1866 á consecuencia de la cuestion propuesta por el ministro del Interior, y formulado de la manera siguiente:

«Vista la relacion del ministro del Interior del 9 de Enero de 1866;

»Visto el informe de la seccion de justicia, emitido en la sesion del 3 de Diciembre de 1864, sobre la peticion de naturalizacion de N. N; oido el relator;

»Considerando, que el artículo 3.° del Código civil, el cual declara que el extranjero sea admitido al disfrute de los derechos civiles atribuidos á los ciudadanos, mantiene una distincion de estado entre unos y otros, ó, en otros términos, que no ha hecho que todos los extranjeros sean ciudadanos; que esto resulta aún más evidente de los artículos 9 y 10, en donde están claramente indicados los únicos medios de alcanzarse la ciudadanía por los que no han nacido en el Estado, en las condiciones previstas por el artículo 8; que estas condiciones son: para la mujer, el matrimonio con un ciudadano y la naturalizacion, y para el hombre solamente esta; —que, por consiguiente, el Código no ha cambiado nada en las antiguas legislaciones de Italia relativamente á la naturalizacion;—que, en cuanto á su forma, el precitado artículo 10 solo dice que se conceda por la ley ó por un real decreto; —que por lo mismo parece que debe admitirse éste, siempre que no esté previsto que la naturalizacion deba verificarse por una ley;—que los reglamentos vigentes no exigen esto, sino para conferir el electorado político á los extranjeros;—

(1) Ley de 17 de Diciembre de 1860, núm. 4.573.

(2) Ley orgánica judicial, 6 de Diciembre de 1865, núm. 2.626.

que, por consiguiente, basta un real decreto en todos los demás casos en que no se quiere conferir este electorado, ó en los que se trata de otorgarlo á individuos no sujetos á la corona de Italia;—que por tanto, no conviene hacer otra distincion de forma y caso, siendo suficiente que se sepa que la naturalizacion concedida por la ley confiere todos los derechos civiles y políticos, incluso el electorado, y que la concedida por real decreto abraza todos los derechos, áun aquellos que son políticos, exceptuando solo el electorado, que sin embargo comprenderá tambien de pleno derecho cuando el concesionario sea un italiano; que si se dan decretos limitados á la concesion de una parte de los derechos comprendidos en la naturalizacion, ó si concediéndolos ésta, se declarase que se exceptuaba alguno de los que naturalmente comprende, se correria el riesgo de cometer una ilegalidad, supuesto que no aparece que la ley admita naturalizaciones mermadas;—que no serian tampoco regulares ni oportunas otras distinciones de forma; que corresponde á los tribunales el exámen y decision de los derechos que concede el decreto con arreglo á la procedencia de los individuos;—que pertenece tambien á aquellos el declarar si estos individuos son ó no italianos;—que uua enunciacion hecha en el decreto no puede excluir, bajo este aspecto, una discusion judicial;

»El Consejo es de parecer:

»Que el Código civil italiano no ha innovado nada respecto á la concesion de la ciudadanía;—que, por consiguiente, es bastante el decreto de naturalizacion para adquirirla;—que la forma de los reales decretos debe ser la de una sencilla concesion de naturalizacion, sin indicacion de los derechos que podrá ejercer el concesionario;—que cuando se trata de italianos que no son súbditos de la corona de Italia, puede enunciarse que expusieron ser italianos y han solicitado bajo este título la naturalizacion de tal modo, que, en caso de una cuestion sobre esta afirmacion queda libre la decision de los tribunales.»

Hemos creido útil reproducir literalmente el parecer del Consejo de Estado, porque formula toda la doctrina consagrada en nuestra legislacion en materia de naturalizacion (1).

---

(1) De aquí la traduccion del artículo 10 del Código civil del reino

65. Sin detenernos á exponer lo que dicen sobre este asunto las demás legislaciones (1), vamos á hablar de la naturalizacion especial, que es el efecto de la separacion de una

---

de Italia: «El derecho de ciudadanía puede adquirirlo tambien un extranjero por medio de la naturalizacion conferida por una ley ó por un real decreto. Este no producirá efecto sino es anotado por el oficial del Registro civil del lugar en donde el extranjero quiere fijar ó ha fijado su domicilio, y si este extranjero no ha prestado en manos del referido oficial juramento de fidelidad al rey y observar los estatutos y leyes del reino. El registro deberá hacerse, bajo la pena de caducidad, en el término de seis meses, á contar desde la fecha del decreto. La mujer y los hijos menores del extranjero que ha obtenido el derecho de ciudadanía, adquieren tambien este derecho, con tal que fijen su residencia en el reino. Pero los hijos pueden preferir la cualidad de extranjeros cumpliendo la formalidad prescrita por el artículo 5.°»

M. Huc hace notar que la ley italiana conserva la distincion entre *la grande* y *la pequeña* naturalizacion, resultando de una ley ó de una real órden sin *ninguna condicion de residencia ni de otra clase.* Esta decision es más liberal que la de la ley francesa, que se limita á restringir de *tres* años á *uno* la condicion de residencia, y que da siempre la competencia de estatuir sobre las solicitudes de naturalizacion al Poder Ejecutivo. (*Código civil italiano* y *Código de Napoleon, Estudios de legislacion comparada,* edic. de 1868; tít. I, pág. 26).

(*N. de P. F.*)

(1) Completo aquí la reseña dada por Fiore, sobre la naturalizacion en Italia, en Francia y Inglaterra, con las que hallo sobre la naturalizacion, segun las leyes de los otros países de Europa, en el tomo III del comentario sobre Wheaton, por Beach-Lawrence.

El artículo 5.° de la Constitucion belga, dispone que la naturalizacion sea concedida por el poder legislativo. Sólo la gran naturalizacion asimila el extranjero al belga en lo que respecta al ejercicio de los derechos políticos. La naturalizacion ordinaria, segun la ley de 27 de Setiembre de 1855, confiere al extranjero los derechos civiles y políticos, para cuyo ejercicio exigen la Constitucion y las leyes la gran naturalizacion. Esta no puede ser concedida sino por servicios eminentes hechos al Estado, y debe ser objeto siempre de una disposicion especial. La naturalizacion ordinaria, fuera del caso de la naturalizacion del padre, solo se concede á los que han cumplido ya 21 años y llevan cinco de residencia en Bélgica. «Todo individuo nacido en Bélgica de un extranjero, podrá, en el año siguiente al de su mayoría de edad, reclamar la cualidad de ciudadano belga, con tal que en

parte del territorio de un Estado y de su union con otro. Este se rige por el derecho público más bien que por el derecho privado, y se deriva, no de la ocupacion militar de un país

---

el caso de que resida en Bélgica, declare que su intencion es fijar allí su domicilio, y que en caso que resida en país extranjero, prometa fijar en Bélgica su domicilio y se establezca allí en el término de un año, á contar desde la fecha en que verificó su sumision (art. 9.° del Código civil).

»El individuo nacido en Bélgica de padres extranjeros y domiciliados, que no hubiese hecho la declaracion prescrita por el artículo 9.° del *Código civil*, puede serle admitida, si habita en el reino, la solicitud de la gran naturalizacion, sin que haya necesidad de justificar que ha prestado al país servicios eminentes.» (Ley de 27 de Setiembre de 1835, art. 11).

En el reino de los Países Bajos pertenece á la corona el poder de conferir la naturalizacion, con arreglo á los artículos 9.° y 10 de la Ley fundamental de 1815. Los hijos nacidos de padres extranjeros adquieren la nacionalidad completa (art. I de la ley de 28 de Julio de 1850):

1.° Cuando han nacido, ya sea en el reino, ya en el extranjero, de padres establecidos en los dominios del Estado en Europa. (Art. 1.°, número 1). El artículo 3.° determina las condiciones del establecimiento. 2.° Cuando han nacido en el reino, en Europa, de padres que no están establecidos en él y declaren en el término de un año, despues de cumplidos los 23, á la autoridad del lugar de su domicilio, su intencion de continuar residiendo en él. (Art. 1.°, núm. 2).

Un *ukase* (a) del 18 de Marzo de 1864, ha reemplazado la antigua legislacion rusa relativa á la naturalizacion. El extranjero que desee establecerse en territorio del imperio ruso, debe declarar ante el jefe de la provincia su intencion de inscribirse ó de fijar allí su domicilio, manifestando al mismo tiempo la clase de ocupaciones á que se entregaba en su país y la profesion que se propone seguir en Rusia. Considérase entonces al extranjero como establecido en Rusia, pero sin dejar de estar sometido á todas las leyes vigentes relativas á los ex-

(a) Los *ukases* ó edictos imperiales que en los tiempos antiguos los daba indistintamente el Senado ó el emperador de Rusia, despues de Segismundo fueron dados todos en nombre del emperador, y son tantos, que, habiendo ordenado Nicolás I que se coleccionasen los publicados por los czares desde 1839, forman una extensa obra de 48 tomos gruesos; todos estos *ukases* llevan impreso el sello del absolutismo.—(*N. del T*).

por un tiempo más ó ménos largo, sino de la cesion libremente consentida por un tratado internacional. Tenemos diferentes ejemplos de esta clase de naturalizacion colectiva.

---

tranjeros. Despues de cinco años de residencia en el país, puede el extranjero solicitar la naturalizacion rusa; pero este plazo puede abreviarse con la autorizacion del ministro del Interior, en favor de los extranjeros que hayan prestado servicios importantes á Rusia, ó sean notables por su talento, su erudicion, etc., ó que hayan llevado grandes capitales para invertirlos en empresas de utilidad pública. Las extranjeras casadas en Rusia no pueden ser admitidas ni naturalizarse en este país sin ir acompañadas de sus maridos. La naturalizacion rusa es siempre personal y limitada al que la obtiene, excepto á los extranjeros que contraen matrimonios con súbditos del imperio y á las mujeres de los extranjeros naturalizados en Rusia, que adquieren la naturalizacion sin prestar por sí mismas un juramento particular. Las viudas y las mujeres divorciadas conservan la nacionalidad de sus maridos. La naturalizacion no se extiende á los hijos ya nacidos, sean mayores ó menores de edad. Los que nazcan posteriormente á este acto se consideran como súbditos rusos. La naturalizacion se verifica mediante la prestacion del juramento de subjecion.

Segun la Constitucion suiza de 1848, todo ciudadano de un canton es ciudadano suizo y puede ejercer los derechos políticos para los asuntos federales y locales en cualquier canton en que se halle establecido. Nadie puede ejercer derechos políticos en más de un canton. Los extranjeros no pueden ser naturalizados en un canton sino en tanto que se hallen emancipados de todo lazo con el Estado á que pertenecian.

La Constitucion española adoptada en 1857, comprende como españoles (art. 1.): 1.°, á todos los nacidos en los dominios de España; 2.°, á los hijos de padre español ó de madre española, áun cuando hayan nacido fuera de España; 3.°, á los extranjeros que hayan obtenido carta de naturalizacion; 4.°, á los que, sin haber obtenido carta de naturalizacion, hubieren adquirido derecho de vecindad en cualquier municipio de la monarquía. La Constitucion de 1869 repite los mismos términos. El extranjero que obtiene la naturalizacion en España, sin haber obtenido permiso de su país, no está exento de las obligaciones y deberes de su antigua nacionalidad.

Son portugueses los nacidos en Portugal de padre natural del reino, aunque la madre sea extranjera (§ 23, 2). No son naturales los que nacen en Portugal de padre extranjero, aunque la madre sea portuguesa, excepto cuando el padre tiene su domicilio y sus bienes en el reino, en el cual vive, por lo ménos, hace diez años (§ 3, 19). No son

Los habitantés del Norte de Africa se han hecho franceses á consecuencia de la reunion de la Argelia á Francia, expresamente pronunciada por el artículo 109 de la Constitucion del

---

naturales los nacidos y domiciliados en el extranjero, á no ser que hayan sido concebidos en el reino ó que su padre estuviese viajando al servicio del Estado. Declara la ley que los hijos nacidos en el reino, de un padre extranjero, son ciudadanos portugueses, á no ser que el padre estuviese allí al servicio de su propia nacion, ó que los hijos declaren al llegar á su mayor edad, ó al tiempo de su emancipacion, ó por medio de sus padres ó tutores, si son menores, que no quieren ser ciudadanos portugueses. Los indivíduos nacidos en el reino, siendo la madre portuguesa, son portugueses si son ilegítimos.

En Austria, adquiere el extranjero el derecho de ciudadanía por medio de un nombramiento para desempeñar funciones públicas, y cuando las autoridades administrativas superiores le confieren este mismo derecho. Esta colacion solo se concede despues que el indivíduo ha obtenido ya autorizacion para ejercer una profesion, y justifica llevar diez años de residencia en cualquier punto del imperio. En Austria no puede ejercerse ninguna profesion sin permiso prévio de las autoridades. La administracion ó el servicio militar no lleva consigo la naturalizacion. La mujer extranjera adquiere derecho de nacionalidad casándose con un austriaco. Segun la ley de 1863, se adquiere en Austria el derecho de indígena por la admision en el municipio que decide sobre las pretensiones del aspirante á la naturalizacion sin que pueda este apelar de tal fallo á ningun otro tribunal. En las dos partes del imperio austro-húngaro, son reputados extranjeros los hijos de padres extranjeros, y lo mismo sucede en Prusia.

El extranjero adquiere en esta nacion el derecho de ciudadano por sólo su nombramiento para una funcion política. La ley de 31 de Diciembre de 1842, da á las autoridades superiores administrativas el poder de conceder la naturalizacion al extranjero que justifica una buena conducta y posee medios de subsistencia. La mujer extranjera adquiere la nacionalidad por su matrimonio con un prusiano. Segun la Constitucion de Alemania del Norte, «existe, para todo el territorio federal, un *indígenato* comun, cuyos efectos son, que la persona perteneciente á un territorio federal cualquiera, deberá ser tratada como indígena en cualquier otro Estado de la Confederacion.» Este mismo artículo se halla tambien en la Constitucion del imperio de Alemania hecha en 1871.

Entre los asuntos sometidos á la vigilancia de la Dieta y á su legislacion; se hallan las disposiciones relativas al derecho de cam-

4 de Noviembre de 1848, que ha declarado el territorio de la Argelia territorio francés, como, por el contrario, los habitantes de las provincias incorporadas á Francia despues de

---

biar de residencia, al domicilio, al derecho de establecerse, al de ciudadanía.

En Baviera, el § I del edicto del 26 de Mayo de 1818, que es una adicion á la carta constitucional de la misma fecha, contiene la disposicion siguiente: «El derecho de indígena se adquiere por naturalizacion, en estos tres casos: 1.° Por el matrimonio de una extranjera con un bávaro; 2.° Cuando un extranjero fija su domicilio en el reino y justifica al mismo tiempo no ser súbdito de otro Estado extranjero; 3.° Por real decreto, oyendo préviamente al Consejo de Estado.» Los hijos de las personas que no pertenezcan al Estado de Baviera, por más que hayan sido concebidos ó hayan nacido en este país, no adquieren la nacionalidad bávara, sino que son tratados y considerados como extranjeros, hasta que hayan obtenido la naturalizacion de la misma manera que los demás inmigrantes. Por otra parte, los hijos de inmigrantes, nacidos despues de la naturalizacion de sus padres, son considerados como súbditos bávaros. En el reino de Wurtemberg no es recibido como ciudadano un extranjero hasta que ha formado parte de un municipio; aunque tambien puede adquirir este derecho por su nombramiento para un cargo público. Todos los hijos nacidos en Wurtemberg de padres extranjeros, se considerarán como herederos de la nacionalidad de sus padres; y el hecho de que un hijo de padres extranjeros nazca en territorio wurtembergués, no ejerce, segun las leyes allí vigentes, ninguna influencia en la cuestion de su nacionalidad. En el gran ducado de Baden se sigue la misma regla; pero, todo individuo nacido en el país, de padres extranjeros, puede reclamar, lo mismo que en el Código francés, en el año siguiente al de su mayoría de edad y bajo ciertas condiciones, los derechos de súbdito natural. En Sajonia, segun la ley del 2 de Julio de 1852, son ciudadanos sajones por derecho de nacimiento, todos los hijos cuyo padre, ó cuya madre si son ilegítimos, era súbdito sajon en la época de su nacimiento, háyase ó no verificado éste en Sajonia. Los hijos, nacidos en este país de padres extranjeros, no adquieren nacionalidad sajona lo mismo que en los demás Estados de Alemania por este solo hecho, siendo así que no pueden obtenerse estos derechos sino en la hipótesis de que el padre ó la madre (casados ó no) fuesen, en la época del nacimiento, súbditos sajones. El hijo, de padres extranjeros es considerado en Dinamarca como dinamarqués, si permanece en el país.

En Suecia no hay, ni en las leyes fundamentales, ni en el Código civil, ni aún en las ordenanzas especiales, estipulacion alguna relati-

1791, y separadas por el tratado de 1814, han venido á ser extranjeros bajo ciertas condiciones.

En el reino de Italia tenemos un ejemplo de separacion

---

va á la nacionalidad de los hijos nacidos en Suecia de padres extranjeros; sin embargo, se sigue la jurisprudencia de que la nacionalidad no depende en manera alguna del lugar del nacimiento, sino de la nacionalidad de los progenitores, particularmente de la del padre. Así, pues, los hijos de súbditos extranjeros no gozan, por el solo hecho de nacer en Suecia, de más derechos que los concedidos á cualquier otro extranjero.

Para adquirir la ciudadanía en Suiza es necesario obtener primero la vecindad en un canton y en un municipio. No existe el derecho de vecindad en primera línea, y sólo se adquiere por descendencia, por donacion, ó por compra, pagando una suma determidada, cuya cifra varía segun el estado de los bienes comunales, y segun el punto de vista de la legislacion cantonal. Despues de la adquisicion del derecho de vecindad comunal, se verifica la naturalizacion en el canton respectivo, ya por el Gobierno, ya por la autoridad legislativa, para cuya naturalizacion hay que pagar de nuevo una suma particular. En lo que concierne á la naturalizacion de los extranjeros, solo contiene el derecho federal la prescripcion del art. 43 de la Constitucion, segun el cual, no pueden los extranjeros ser naturalizados en un canton, hasta hallarse libres del lazo que los unia al Estado á que pertenecian. El detalle de las legislaciones cantonales se halla en la recopilacion de las disposiciones de cada canton relativas á ellas y publicadas en 1862 por la cancillería general.

Veamos ahora la ley de Turquía promulgada en 1869: Artículo 1.° Es súbdito otomano toda persona nacida de padre y madre ó solo de padre otomano. Art. 2.° Toda persona nacida en territorio otomano de padres extranjeros, puede reclamar la nacionalidad otomana dentro del plazo de tres años, á contar desde aquel en que llegó á la mayor edad. Art. 3.° Todo extranjero mayor de edad que haya habitado en el imperio otomano por espacio de cinco años consecutivos, podrá adquirir la naturalizacion dirigiéndose por sí ó por intermediario al ministro de Negocios extranjeros. Art. 4.° El Gobierno imperial dará cartas de naturalizacion extraordinarias al extranjero que, aunque no haya llenado las condiciones prescritas en el artículo anterior, se considere digno de este favor excepcional. Art. 5.° Un súbdito otomano que adquiere una nacionalidad extranjera, con autorizacion del Gobierno imperial, será considerado y tratado como súbdito extranjero. Si, por el contrario, se ha hecho naturalizar en otro país sin obtener préviamente dicha autorizacion, será considerado aquel acto

de una parte del territorio, que ha cambiado la condicion de sus ciudadanos primitivos. Por el tratado de 21 de Marzo de 1860, concluido entre Francia é Italia, han sido cedidos á la primera la provincia de Saboya y la circunscripcion de Niza, y en el artículo 6.° se ha estipulado que: «los súbditos sardos originarios de Saboya y de la circunscripcion de Niza, ó domiciliados actualmente en estas provincias, que quieran conservar la nacionalidad sarda, gozarán durante un año, á contar desde el dia en que se cambien las ratificaciones, de la facultad de trasladar y fijar su domicilio en Italia, y en este caso serán considerados como ciudadanos sardos.» Las reglas para la aplicacion de este artículo se han establecido por el decreto del 4 de Agosto de 1860; los que no han cumplido con las condiciones exigidas para conservar su nacionalidad de orígen, son en la actualidad súbditos franceses.

Afortunadamente tenemos tambien un ejemplo de reunion

---

como nulo y sin efecto, y tratado él, bajo todas las relaciones, como súbdito otomano. Ningun súbdito otomano podrá nunca hacerse naturalizar en país extranjero, sin obtener antes autorizacion para ello en virtud de un *irade* imperial. Art. 6.° No obstante lo dicho, podrá el Gobierno imperial declarar á todo súbdito otomano que hubiere obtenido su naturalizacion en un país extranjero, ó que hubiere entrado al servicio militar de otro Gobierno sin autorizacion de su soberano, despojado de su carácter de súbdito otomano, estando prohibido á toda persona que pierda de este modo su nacionalidad, volver al imperio otomano. Art. 7.° La mujer otomana que se case con un extranjero, podrá recobrar, si enviudare, la nacionalidad otomana, declarando que lo desea, dentro del término de tres años, á contar desde la muerte del marido. Esta disposicion se aplica solo á su persona; sus bienes quedan sujetos á las mismas leyes y reglamentos que antes. Art. 8.° Los hijos de un súbdito otomano que se ha naturalizado en el extranjero ó que ha perdido su nacionalidad, no siguen, aún cuando sean menores, la condicion del padre, sino que continúan siendo súbditos otomanos. Los hijos de un extranjero que se haya hecho súbdito otomano, no seguirán, aun cuando sean menores, la condicion del padre, sino que continuarán siendo extranjeros. Art. 9.° Todo individuo que habite el territorio otomano, se considerará como súbdito del imperio, y como tal será tratado, hasta que no justifique de una manera legal su cualidad de extranjero (t. III, p. 215 y sigs.)

(*N. de P. F.*)

de provincias, que ha agregado á la patria comun gran número de ciudadanos considerados en Italia como extranjeros. Nos referimos á las provincias anexionadas por el tratado de Zurich del 10 de Noviembre de 1859, y por el último tratado de Viena del 3 de Octubre de 1866. El artículo 12 del primero y el 14 del segundo determinan la condicion de los domiciliados en las provincias anexionadas (1).

---

(1) Aun adhiriéndose á la doctrina del juramento de fidelidad, inatacable mientras el soberano se halla en posesion del territorio en que aquella se funda, dice W. Beach respecto de la renuncia á la soberanía de un país: «El rey no puede por ningun acto especial quitar á un súbdito particular los derechos de ciudadanía, por más que, en virtud del mandato supremo que le está conferido por la Constitucion para hacer la paz y la guerra, pueda el rey, por un tratado, ceder á otro soberano cierto número de súbditos. Si fuese de otro modo, no podrian jamás hacerse tratados, con arreglo al derecho de gentes, entre las potencias beligerantes. La soberanía y la dependencia son correlativas, si desaparece la dependencia, una vez admitido el hecho, no existe soberanía; si desaparece la soberanía, no es posible que exista la dependencia.» (Chalmers, *Colonial op*, pág. 667; Martens, *Manual de Derecho de gentes*, cap. III, § 91).

«En los Estados-Unidos se están verificando sin cesar casos de naturalizacion colectiva por anexion de territorio. El art. 3.° del primer convenio concluido con Francia en 30 de Abril de 1803, con motivo de la cesion de la Luisiana, establece que los habitantes del territorio cedido serian incorporados á los Estados-Unidos, y que serian admitidos tan pronto como fuese posible, con arreglo á los principios de la Constitucion liberal, al disfrute de todos los derechos, ventajas é inmunidades de los ciudadanos de la Union. Encontramos una extipulacion del mismo género en el artículo 6.° del tratado de 1819 concluido con España, para la compra de la Florida. El art. 8.° del tratado de 1848 con Méjico, establece que los mejicanos que permaneciesen en los territorios cedidos, y no declarasen, en el término de un año, su intencion de continuar como ciudadanos mejicanos, serian considerados ciudadanos de la Union. Por la anexion de Tejas, efectuada por una resolucion del Congreso en 1.° de Marzo de 1845, y por su admision en la Union, en 29 de Diciembre del mismo año, bajo las mismas bases que los demás Estados, todos los ciudadanos de esta República, quedaron convertios, sin más declaracion, en ciudadanos de los Estados-Unidos.

Respecto de las adquisiciones de territorio hechas por Francia

66. Habiendo expuesto las reglas generales por las que puede cambiarse la nacionalidad de orígen y adquirir una nueva, creemos oportuno proponer una cuestion interesante

---

antes de la revolucion francesa, establece Pothier el principio siguiente: «Cuando se anexiona á la corona una provincia, deben ser considerados sus habitantes como naturales franceses, ya hayan nacido antes ó nazcan despues de la anexion. Hasta puede pensarse que los extranjeros que estuviesen establecidos en estas provincias y hubiesen obtenido en ellas, con arreglo á las leyes allí vigentes, los derechos de ciudadanía, deberian ser considerados, despues de su union, como ciudadanos, como habitantes originarios de estas provincias, ó al ménos como extranjeros naturalizados en Francia.» Aplicando el mismo principio al caso de pérdida de territorio, dice: «Cuando se desmembra de la corona una provincia, ó se cede en un tratado de paz un país conquistado, los habitantes cambian de dominacion. De ciudadanos que eran en el momento de la conquista, ó despues de esta, si han nacido antes de la anexion, de ciudadanos que eran por su nacimiento, hasta el momento de la desmembracion de la provincia, se convierten en extranjeros.» (*Tratado de las personas*, parte primera, título 2.°, seccion 1.ª, t. IX). El tratado de 26 de Abril de 1798, que incorporaba la República de Génova á la República francesa, establecia que los genoveses, tanto los que habitasen la ciudad como los que se hallaban en Francia ó en otros puntos, eran declarados franceses naturales. Por un tratado de anexion del mismo año fueron declarados franceses naturales los habitantes de la República de Mulhouse. Pero no debe concluirse de estas declaraciones especiales que se colocaba á los habitantes de estas pequeñas Repúblicas en una posicion diferente de la de los muchos países y provincias incorporados á Francia desde 1789 á 1814. Lo declarado para Génova y Mulhouse era aplicable á todos los demás territorios. «Esto es, dice Fœlix, una consecuencia inmediata de toda anexion, con arreglo al derecho de gentes que actualmente se observa en Europa, segun el cual no está ya en uso, aún despues de la conquista de un país, reducir á sus habitantes á una condicion inferior á la de los conquistadores.» (*Revista de derecho francés y extranjero*, t. II, pág. 328).

Las dificultades que surgieron respecto de la posicion política de los habitantes de estas provincias, no eran incidentes de su reunion; pero la *retrocesion* hecha por Francia, de 1814 á 1815, á sus antiguos soberanos, dió lugar á muchas cuestiones sérias. Por el art. 17 del tratado de 30 de Marzo de 1814, y por el 7.° del tratado de 20 de Noviembre de 1815, el primero de los cuales redujo los límites

en nuestro sistema, á saber: ¿la naturalizacion del marido ó del padre, entraña la de la mujer y la de los hijos menores? La cuestion es sumamente grave, y no están de acuerdo en este punto los jurisconsultos ni las disposiciones del derecho positivo. En Francia ha habido debates notables y acalora-

---

de Francia á los que tenia en 1792, y el segundo á los que tenia en 1790, con modificaciones especificadas, se declara que «en todos los países que cambien de dominacion, tanto en virtud del presente tratado como de los arreglos que deban verificarse en su consecuencia, se concederá á los habitantes naturales y extranjeros, de cualquier condicion y nacion que sean, un plazo de seis años, á contar desde el cambio de ratificacion, para disponer, si lo estiman conveniente, de sus propiedades, (adquiridas antes ó despues de la guerra actual, dice el tratado) y retirarse á habitar en donde les plazca.»

Hay una diferencia notable entre este artículo y las extipulaciones habituales hechas en los casos de concesion de territorio. En principio, cuando un territorio se disgrega de un Estado para reunirlo á otro, es conveniente dejar á sus habitantes un medio para no perder su nacionalidad; debe admitirse que si, en un plazo determinado, vienen á fijarse en las provincias conservadas por el Estado á que pertenecian, serán considerados como si no hubiesen dejado de pertenecerle. En 1814, no se mostró esta benevolencia para con los habitantes de las provincias agregadas á Francia despues de 1791; parece simplemente que se tuvo la idea de considerar como no ocurrido el hecho de la anexion, deshaciendo todas las consecuencias, excepto la de facilitar las condiciones de la naturalizacion para las personas de que se trata que quisieran continuar siendo francesas. (*Comentario á Wheaton*, edicion de 1873, t. III, pág. 189 y sig.)

En 1860 se ha hecho una aplicacion del principio que, por la reunion de un país extranjero á Francia, los habitantes de este país, nacidos antes ó despues de dicha reunion, son considerados como naturales franceses, á consecuencia de la anexion de Saboya y del territorio de Niza. En casos análogos se ha concedido generalmente cierto plazo á los habitantes del país reunido para declarar si quieren conservar su antigua nacionalidad, yendo á establecerse á otra provincia de su antigua patria. Esto es precisamente lo que establece el artículo 6.° del tratado de 24 de Marzo de 1860, relativo á la reunion de la Saboya y territorio de Niza á Francia, tratado promulgado por el decreto de 11 de Junio de 1860. Véase tambien el art. 1.° de los preliminares de la paz con Alemania, el 26 de Febrero de 1871, y el artículo 2.° del tratado de paz del 10 de Mayo del mismo año.

dos con motivo de la discusion del artículo 214, en el Consejo de Estado, cuyo artículo tenia en el proyecto un segundo párrafo concebido en estos términos: «Si el marido quisiera abandonar el suelo de la República, no podrá obligar á su mujer á que le siga, á no ser en el caso en que el Gobierno le haya encárgado una mision que exija su residencia en el extranjero.» Este párrafo fué suprimido, porque se reconoció que la obligacion de la mujer es absoluta y no debe sufrir ninguna modificacion. Sin embargo, Regnauld de Saint-Jean d'Angeli declaró al mismo tiempo que, aunque no puede obligarse al marido á que se separe de su consorte cuando tenga que alejarse de su patria, no tendrá, sin embargo, el derecho de hacer extranjera á su mujer (1).

No intentamos discutir la cuestion de si la mujer que, salvo el caso de separacion, debe tener el domicilio del marido, está obligada á seguirle tambien en territorio extranjero. Esta cuestion pertenece más bien á los que se ocupan del derecho civil. Algunos, entre los que podemos contar á Pothier (2), sostienen que, á la obligacion de la mujer de seguir por do quiera á su marido, debe hacerse una excepcion: con tal que no sea á país extranjero. Nosotros creemos que, si mucho debe la mujer al marido, mucho debe tambien á su patria, y que pertenece á los tribunales el examinar las circunstancias y decidir si puede autorizar en este caso una separacion. Para nosotros está reducida la cuestion á saber si la naturalizacion del marido lleva consigo la de su mujer, de modo que ésta venga á ser extranjera *ipso jure, ipsoque facto.* Muchos jurisconsultos se deciden por la afirmativa (3), cuya opinion ha sido defendida en una série de artículos en la *Revista de Derecho francés*. Parécenos, sin embargo, preferible sostener la negativa.

La naturalizacion está subordinada á ciertas condiciones que debe llenar personalmente el individuo que á ella aspira; es el efecto de un contrato libre entre la nacion y la persona

(1) Locré *Legisl.*, t. IV, pág. 393, art. 2.°
(2) Pothier, *Poder marital*, núm. 1.
(3) Proudhon, t. I, p. 452. Fœlix. Derecho internacional privado, número 40; Revista práctica de derecho francés, 1859, t. VIII.

que se obliga, el cumplimiento de las condiciones exigidas es puramente personal, no se comunica y depende siempre de la libre voluntad del individuo. Cualquiera que sea la extension que se dé á la autoridad marital, no dá ésta al marido derecho de suplir con la suya la voluntad de su mujer, y por sometida que quiera suponerse á ésta, parécenos que no puede imponérsele el sacrificio de su estado y de su nacionalidad. Y no se diga que, por el hecho del matrimonio, resulta el cambio de nacionalidad por solo la fuerza de la ley é independientemente de cualquier hecho del individuo; porque, por más que el cambio sea necesario, no deja de ser voluntario, en el sentido de que la mujer tiene poder de realizar ó no el hecho de que depende el cambio. Cuando una mujer se casa con un extranjero, sabe que por el matrimonio se convierte en extranjera, y consiente implícitamente en renunciar á su nacionalidad y adquirir la de su marido. Pero cuando se case con un hombre de su país, ni renuncia, ni puede preveer que su marido la puede obligar á renunciar á su patria. ¿Con qué título se querrá hacer que dependa su estado de la voluntad del marido?

Cuando en el Consejo de Estado francés se discutió el artículo 19 «La mujer francesa que se case con un extranjero, seguirá la suerte de su marido,» pidió Portalis que se agregase una disposicion con objeto de poner á salvo los derechos de la mujer cuyo marido llegase á perder la cualidad de francés. Esta proposicion no fué tomada en consideracion, porque el primer cónsul observó que hay una gran diferencia entre una francesa que se casa con un extranjero, y otra que, habiéndose casado con un francés, sigue á su marido cuando éste se espatria. La primera renuncia voluntariamente sus derechos, mientras que la segunda no hace más que cumplir un deber. Esta observacion encierra la doctrina que nosotros aceptamos (1). La mujer del extranjero naturalizado no deberia invocar el beneficio de la nacionalidad del marido, cuya nacionalidad no adquirió ella personalmente, así como

---

(1) Véase Duranton 1, 189; Valette, *sobre Proudhon*, I, 126; de Molombe, núm. 1, 175; Demangeat, nota al núm. 40 de Fœlix; Legat, Código de los extranjeros, p. 54 y 402; Blondo, Revista de derecho francés, 1845, II, p. 111.

tampoco puede sufrir la pérdida de su nacionalidad originaria cuando no la renuncie personalmente.

67. Las disposiciones de la ley italiana son contrarias á nuestras opiniones. El art. 11, § IV, del Código civil establece que: «La mujer de aquel que pierde la nacionalidad se convierte tambien en extranjera, á no ser que continúe residiendo en el reino;» y el § IV del art. 10 dice: «La mujer del extranjero que ha obtenido el derecho de ciudadanía se hace ciudadana, siempre que haya fijado su residencia en el reino (1).» Si con tales disposiciones ha querido el legislador establecer que la nacionalidad de la mujer puede cambiar independientemente de su voluntad, segun el capricho del marido,

---

(1) *Código civil italiano*, art. 10, § 4: «La mujer y los hijos menores del extranjero que obtuviesen el derecho de ciudadanía, serán tambien ciudadanos, con tal que hayan fijado su residencia en el reino; pero *los hijos pueden preferir la cualidad de extranjeros* llenando la formalidad prescrita por el art. 5.

Art. 5: Si el padre hubiese perdido el derecho de ciudad *antes del nacimiento de su hijo*, será éste reputado ciudadano, con tal que nazca en el reino y tenga en él su residencia. Puede, sin embargo, optar por la cualidad de extranjero. En el plazo de un año á contar desde la fecha de su mayoría de edad, tal como se fija en las leyes del reino, haciendo la declaracion ante el encargado del registro civil en el pueblo de su residencia, ó si se halla en país extranjero, ante los agentes diplomáticos consulares.

Art. 11, § 5 y 6: «La mujer y los hijos menores del que haya perdido la cualidad de ciudadano, deben considerarse como extranjeros, á ménos que hayan continuado residiendo en el reino. Pueden, sin embargo, recobrar la ciudadanía en los casos y forma indicados en el artículo 14 respecto de la mujer, y en el art. 6 respecto de los hijos.»

Art. 14: La mujer nacional que se casa con un extranjero se convierte en extranjera cuando, por el hecho del matrimonio, adquiere la ciudadanía de su marido. En caso de viudedad, recobra su derecho de ciudadanía, si reside en el reino ó vuelve á él, y declara, en ambos casos, ante el encargado del registro civil, que quiere fijar su domicilio en el reino.»

Art. 6, § 1 y 2: «El hijo nacido en país extranjero de un padre que ha perdido el derecho de ciudadanía *antes de su nacimiento*, es reputado como extranjero. Puede, sin embargo, adquirir la ciudadanía, haciendo la declaracion prescrita por el art. 5 y fijando en el reino su domicilio en el mismo año de la declaracion.

de modo que éste pueda disponer de una cualidad esencialmente personal, ha exagerado el poder marital con perjuicio de la mujer. Si, por el contrario, ha querido dejar á la mujer en libertad de seguir ó no al marido á su residencia en el extranjero, su disposicion puede entonces justificarse; pero, en tal caso, la obligacion de la mujer de seguir por do quiera á su marido, segun la disposicion del art. 131, deberia entenderse con esta excepcion: con tal de que no se trate de seguirle al extranjero (1).

68. Por los mismos principios debemos resolver la cuestion de si la naturalizacion del padre lleva consigo la de los hijos menores. Es verdad que el estado del hijo en el momento de su nacimiento se determina por el del padre; pero no se sigue de aquí que todo cambio de estado que se verifique en la persona del padre deba reobrar sobre la del hijo, y que, naturalizándose en el extranjero, haga el padre extranjeros á los hijos menores. La adquisicion de la nueva nacionalidad es un contrato personal; luego si los hijos menores no tienen, á los ojos de la ley, voluntad para la formacion de un contrato tan importante, ¿con qué título puede admitirse que el padre renuncie por ellos su nacionalidad originaria?

---

(1) Los términos que emplea la ley italiana excluyen la idea de que haya habido intencion de imponer á la mujer y á los hijos las vicisitudes de la vida del marido y del padre, respecto de la nacionalidad.

El art. 12 del Código civil francés, establece que la extranjera que se case con un francés debe seguir la condicion de su marido; es, pues, inútil que aquella declare querer conservar su nacionalidad primitiva, aun cuando las leyes de su país lo consintiesen. El art. 19 del mismo Código consagra una decision muy análoga en la hipótesis inversa, es decir, cuando una mujer francesa se casa con un extranjero; pero en ambos casos se trata solo de los efectos del matrimonio en el momento de contraerlo, efectos que la mujer ha podido prever, y por consiguiente, aceptar como inevitables. El cambio de nacionalidad á que se sometiese el marido, no debe cambiar la de la mujer, contra su voluntad, porque no se trata ya de un hecho que aquella ha podido prever. (Valette, Curso de derecho civil, 1873, t. I. p. 51 y 52). La mujer francesa no pierde, pues, su nacionalidad contra su voluntad, por más que la pierda su marido.

*(N. de P. F.)*

Esta doctrina la encontramos tambien entre los romanos. Los *peregrinos* que obtenian la ciudadanía, la adquirian solo para sí, á no ser que la hubiesen pedido para sí y su familia (1). En la antigua legislacion francesa ha prevalecido el mismo principio (2). En Bélgica, la ley de 27 de Setiembre de 1835 concede al hijo menor de un extranjero naturalizado la facultad de naturalizarse siempre que haga la declaracion en el término de un año á contar de la fecha de su mayoría de edad. Las decisiones de los tribunales han sancionado explícitamente el mismo principio: «considerando que es un principio admitido que la naturalizacion confiere un derecho puramente individual, y que el padre no puede disponer por este medio de la nacionalidad de sus hijos, la cual queda fija en el momento de su nacimiento..... (3)» tal es tambien la doctrina de nuestros juriconsultos.

Rocco se expresa en estos términos: «suponiendo indudablemente la pérdida de la ciudadanía una voluntad expresa ó tácita, no podrá hallarse nunca en el hijo menor..... y si todo esto es evidentemente por favorecer los intereses del menor, no es menos importante la exigencia de la razon pública de la nacion á que pertenece. ¿Debe depender de la voluntad del padre el disminuir, con perjuicio de la patria, el número de los ciudadanos?..... Podemos, pues, sostener y afirmar que la nacionalidad del hijo menor, para ser un derecho completamente inherente á la persona, ha de ser independiente de la voluntad del padre por razones imperiosas de interés privado y público (4).»

En este mismo principio está basado un rescripto del rey de Nápoles del 5 de Julio de 1842: «con motivo del servicio militar por razon de leva, se ha dudado si los hijos, nacidos en el reino, de un extranjero naturalizado despues, deben ó no ser considerados como naturalizados, sea cualquiera su estado civil, es decir, su estado de menor, de emancipado ó de mayor de edad. Expuesta á S. M. la duda surgida en el Consejo ordinario de Estado, es de parecer que, segun los principios de las leyes civiles vigentes, el hijo tiene la na-

(1) Gali, *Instit. com.* 1, § 93 y siguientes.
(2) Pothier, De las personas, parte 1.ª, título II, seccion 3.ª.
(3) T. Cas. bel., c. crim. reg., 5 de Julio de 1842.
(4) Rocco, *Derecho civil internacional*, parte 1.ª cap 16.

cionalidad que tenia el padre en el momento de su nacimiento; que la nacionalidad es un derecho inherente á la persona, independientemente á las relaciones de familia, y ninguna otra persona puede disponer de este derecho, y aquella solo cuando tiene capacidad civil. Y por tanto, conformándose con el acuerdo del Consejo general del reino, se ha dignado declarar: que el hijo nacido de un extranjero en el reino, es extranjero, y que la naturalizacion posterior del padre no lleva consigo la naturalizacion necesaria del hijo, el cual continúa siendo extranjero, hasta que adquiere la naturalizacion con arreglo á las formalidades prescritas por las leyes y reglamentos vigentes.»

69. Las disposiciones de nuestro Código civil son contrarias á los principios que hemos aceptado. El § IV del art. 11, dispone que, los hijos menores del que ha perdido la cualidad de ciudadano se convierten en extranjeros, á no ser que hayan continuado residiendo en el reino.....» Estas disposiciones, no solamente contradicen nuestra teoría, sino que son contrarias á la jurisprudencia y á la legislacion francesa. La ley de 7 de Febrero de 1851 establece en su art. 2.° que los hijos menores del extranjero naturalizado en Francia no adquieren de pleno derecho la cualidad de franceses por la fuerza de la naturalizacion de su padre, pero llegados á la mayor edad pueden adquirir dicha cualidad por la aplicacion del art. 9.° del Código de Napoleon (1). Por consiguiente, y con más razon, no se convierten en extranjeros los hijos menores de un francés naturalizado en otro país. Antes de la publicacion de la ley, esta era la opinion de la mayoría de los autores franceses, sancionada por el tribunal imperial de Grenoble, que se expresa en estos términos: «Considerando que en la suposicion de que Perragaux padre, haya ad-

---

(1) En efecto, cuando un extranjero se ha naturalizado en Francia, sus hijos menores, aunque hayan nacido en país extranjero, pueden reclamar la cualidad de franceses dentro del año siguiente á la fecha de su mayoría de edad, con arreglo á las formas establecidas por el art. 9.° del Código civil. Tal es la disposicion formal de la ley de 7 de Febrero de 1851, art. 2.° En cuanto á los hijos nacidos en Francia ó en el extranjero que son ya mayores de edad, tienen el mismo derecho durante el año siguiente al de la naturalizacion.

quirido la cualidad de francés, no ha podido trasmitirla á su hijo, siendo la naturalizacion un derecho puramente personal y no trasmisible..... (1).»

Despues de la ley de 1851, han confirmado con más razon los tribunales en general y el Tribunal de Casacion en particular, (2) este principio, puesto que la ley precitada dispone implícitamente que los híjos menores del francés que se naturaliza en el extranjero, continúan siendo franceses hasta que, al llegar á la mayor edad, declaren que quieren seguir la condicion de su padre. ¿Cuál será, pues, la condicion de los hijos menores de un francés naturalizado en Italia? Serán franceses ante la ley francesa é italianos ante la ley italiana; como los hijos menores de un italiano naturalizado en Francia serán extranjeros en ambos países. Podrá decirse que nuestro legislador italiano ha querido evitar el inconveniente que, en la misma familia, fuese diferente la condicion de los hijos nacidos despues de la naturalizacion y los nacidos anteriormente. Pero, si no pueden evitarse estos inconvenientes, es mejor atenerse á los verdaderos principios, más bien que conceder al padre la facultad de cambiar la nacionalidad de los hijos y hacer posibles mayores inconvenientes.

70. La aplicacion del art. 6.° del tratado estipulado entre Francia y Cerdeña, en 24 de Marzo de 1860, para la cesion de Niza y de Saboya, ha dado lugar á una cuestion muy delicada que tiene bastante analogía con la que acabamos de discutir. El artículo precitado ha concedido á los indivíduos naturales y á los domiciliados en las provincias cedidas la facultad de conservar la nacionalidad sarda con solo hacer la declaracion, y trasladando su domicilio á las provincias de Cerdeña en el término de un año contado desde la ratificacion del tratado. Háse discutido si los menores podrian ejercer válidamente el derecho de opcion con el consentimiento del padre dentro del año referido; si este año debia contarse para ellos desde que llegaron á su mayor edad, ó si, por el contrario, se convertian en franceses por el nuevo hecho de conservar su padre su domicilio en las provincias cedi-

---

(1) Grenoble. 16 de Diciembre de 1828.

(2) Idem, id., id. de 1858; París 23 de Junio de 1859; Cas., 5 de Mayo de 1862.

das, y segun el principio general de que el menor sigue la condicion del padre.

El primer hecho que ha suscitado la discusion es el siguiente: Juan Rostaing, menor, de 20 años de edad, declaró ante el cónsul sardo, en 11 de Enero de 1861, que queria conservar la nacionalidad italiana, y con el consentimiento y la autorizacion de su padre, fijó su domicilio en Turin, y entró á servir en el ejército italiano. El 11 de Junio de 1862, posteriormente á su mayoría de edad, renovó su declaracion de querer ser ciudadano italiano. Inscrito en la lista para la quinta de 1862 en su país, á pesar de todas sus protestas, el alcalde sacó para él el número 79, y el prefecto de Saboya le citó ante el Tribunal civil para que éste declarase que el Rostaing era ciudadano francés. El Tribunal de Saint-Jean-de-Maurienne, considerando que el tratado no habia hecho distincion alguna entre mayores y menores; que la intencion de las partes contratantes habia sido la de no imponer á nadie la nacionalidad francesa; que, áun cuando el menor es incapaz de realizar ningun acto civil, su incapacidad es relativa y tal, que no puede valer contra él; que solo éste podia disponer de su nacionalidad, y que por la declaracion que habia renovado despues de haber llegado á mayor edad, quedaba confirmada, ratificada y válida la que habia hecho siendo menor, declaró el Tribunal que Rostaing era ciudadano italiano. El prefecto apeló, y el Tribunal de Chambery, reformando el juicio, declaró á Rostaing ciudadano francés, fundándose en la consideracion de que el término de un año en que debia hacerse la declaracion era perentorio; que esta facultad no podia pertenecer á los menores, los cuales, no pudiendo tener otro domicilio que el del padre, son incapaces para elegirse una patria; que el derecho de opcion, para el menor, debe confundirse con el del padre, su representante legal; que en razon de los altos intereses por los que se dá un corto plazo para la ejecucion de los tratados públicos, no puede admitirse que el menor saboyano pueda ejercer el derecho de opcion al llegar á su mayor edad. (Sentencia del 22 de Diciembre de 1862) (1). La misma opinion ha sancionado el Tribunal de Aix, en 17 de Mayo de 1865.

(1) Resulta, en efecto, de dos sentencias del 22 de Diciembre de

No vacilamos en declarar que estas decisiones son contrarias á los principios científicos y á los antecedentes mismos de la jurisprudencia francesa (1), tanto más, cuanto que el mismo Dalloz las critica muy juiciosamente.

Es imposible, en nuestro juicio, admitir que el padre, en virtud de su patria potestad, ó cualquier otro representante legal, pueda disponer de la nacionalidad del menor (2). La misma ley francesa distingue expresamente la condicion del

---

1862, dadas por el Tribunal de Chambery, que el art. 6 del tratado de 24 de Marzo de 1860, dejando á los súbditos sardos la facultad de conservar su nacionalidad, á condicion de declararlo así en el plazo de un año desde la conclusion del tratado, de establecer su domicilio en Italia y de fijarse en ella, no es aplicable á los menores. En consecuencia, los súbditos sardos menores no han podido hacer válidamente su opcion en el plazo de un año, con el consentimiento de su padre, cuando este se hacia francés, ni optar en el año que ha seguido á su mayor edad, pasado un año despues del cambio de las ratificaciones del tratado. Los súbditos sardos no han podido hacer una opcion semejante por sustraerse al servicio militar; y esta opcion seria nula, aun cuando hubieren sentado plaza en el ejército italiano. (Dalloz, II, p. 97 y 99).

(*N. de P. F.*)

(1) Grenoble, 18 de Febrero de 1831; Duay, 17 de Enero de 1848; véase Coin-Delisla, arts. 9 y 10, núm. 17.

(2) La fatal guerra declarada por Francia á Alemania en Julio de 1870, y que ha arrebatado á Francia las provincias de Alsacia y Lorena, ha terminado mediante dos convenios diplomáticos: el tratado de paz del 10 de Mayo de 1871, y el convenio adicional de Francfort del 11 de Diciembre siguiente. Con arreglo á este tratado y á este convenio, todos los individuos naturales de los territorios cedidos, cualquiera que haya sido su domicilio, han sido obligados á declarar si querian ó no continuar siendo franceses. Despues de haber dado la nterpretacion de la expresion *originarios*, no han podido conseguir los plenipotenciarios franceses, á pesar de sus vivas instancias, que se inserte en el convenio una cláusula reservando á los menores el derecho de optar, al llegar á su mayoría de edad, por la nacionalidad que quisieran. El Gobierno alèman contestó siempre que no podia establecerse ninguna distincien entre los mayores y los menores; que las condiciones y los plazos establecidos por los tratados, eran aplicables á estos últimos, los cuales podian hacer declaraciones válidas con la asistencia de sus representantes legales.

(*N. de P. F.*)

hijo menor de la del padre; y, respecto de la nacionalidad, asimila la del hijo menor de un extranjero naturalizado en Francia al hijo nacido en Francia de un padre extranjero, admitiéndole á reclamar la cualidad de francés, adquirida por su padre, dentro del año de su mayor edad (art. 2.° de la ley del 7 de Febrero de 1852). Si, pues, la naturalizacion del padre no entraña de pleno derecho la del hijo menor, ¿por qué el Tribunal de Chambery ha confundido dos cosas legalmente distintas, segun la misma ley francesa? Además, si entramos en el espíritu del art. 6.° del tratado de 24 de Marzo, es fácil demostrar que por esta disposicion, las Altas Partes contratantes han querido respetar los derechos adquiridos y los intereses de los habitantes de las provincias, no imponiendo á nadie la nacionalidad. Habiendo, pues, querido conceder un favor, no puede exceptuarse á ninguna persona, y mucho ménos á los menores, que deben gozar preferentemente de las disposiciones favorables de la ley. La teoría del Tribunal de Chambery consagra, como hace notar Dalloz, un principio que nadie puede justificar, á saber, que la impotencia legal de ejercer un derecho puede producir la pérdida del goce del mismo. O el derecho de opcion del menor debe confundirse con el del padre ó con el del tutor, y entonces se admitiria que el interés del menor puede ser lesionado por el capricho ó la incuria del padre ó tutor, y por consiguiente, el tratado le habria privado de un derecho, por lo mismo que la ley civil no le permitia su ejercicio; ó el derecho de los menores saboyanos debe ser respetado, y entonces debe admitirse en su favor la opcion dentro del año de su mayor edad (1).

---

(1) Dalloz, *Jurisprudencia general*, año 1863, p. 97, parte 2.

# CAPITULO IV.

## DE LA AUSENCIA.

**71. Carácter jurídico de la ausencia.—72. Lugar en donde debe declararse la ausencia.—73. Opinion de Rocco y de los partidarios del sistema de los estatutos, relativamente á la ley que debe arreglar los efectos jurídicos de la ausencia.—74. Crítica de esta opinion.—75. Inconvenientes prácticos.—76. Contradiccion manifiesta del sistema que combatimos.—77. Nuestra opinion sobre la materia.**

71. La condicion jurídica del ausente, es decir, del que ha cesado de comparecer en el lugar de su último domicilio ó de su residencia, sin que de él se tengan noticias, es un notable cambio de estado, del que se derivan importantes consecuencias jurídicas. Todas las legislaciones positivas consideran la condicion del ausente, ya bajo el punto de vista del interés de la persona que ha cesado de comparecer, y la cual necesita de la asistencia y de la proteccion de la ley; ya bajo el del interés de un tercero que puede tener derechos sobre los bienes del ausente; ya, en fin, bajo el punto de vista del interés de la sociedad, que exige que los bienes no permanezcan mucho tiempo sin poseedor y sin dueño, y que el curso regular de su trasmision no se interrumpa por un tiempo indeterminado. Así, pues, el asunto ó procedimiento de ausencia está dividido en dos períodos distintos y sujetos poco más ó ménos á la progresion siguiente: *presuncion de la ausencia; declaracion de la misma*; efectos de la ausencia en lo que se

refiere á los bienes del ausente, á los derechos eventuales que pueden pertenecerle, á la condicion de los hijos menores y del cónyuge: último término de la presuncion de existencia del ausente.

72. Es verdad que la ausencia solo puede ser declarada en el punto del último domicilio ó de la última residencia, porque solo aquí pueden recogerse pruebas y apreciarse las causas más ó ménos probables del alejamiento y de la falta de noticias. Tambien es cierto que la declaracion de ausencia debe ser reconocida en todas partes, porque constituye el estado y la condicion jurídica del indivíduo. ¿Pero cuál será la ley que deba arreglar esta condicion, y los efectos que de ella pueden derivarse? Siendo la ausencia una calificacion jurídica, debe ser regulada por la ley personal de cada uno y reconocida por todos.

73. Comienza la divergencia de opiniones al determinar si las consecuencias que se derivan de la declaracion de ausencia respecto á los bienes pertenecientes al ausente, deben ser tambien reguladas por la ley personal ó por la del lugar en donde se hallan los bienes. Los autores que dividen los estatutos en *personales* y *reales*, han pretendido distinguir, en las disposiciones relativas á la ausencia, la personalidad y la realidad, complicando y confundiendo de este modo la cuestion. «El hecho de la ausencia, dice Rocco, tiene una relacion íntima con el estado de la persona, y por tanto entra en el dominio de la ley personal; mas para los efectos reales que de la ausencia proceden, debe darse la preferencia á la *lex rei sitæ;*» por consiguiente, «en cuanto á la posesion provisional de los bienes del ausente, para saber á quién debe concederse, cuánto tiempo debe trascurrir y cómo debe arreglarse la administracion de los bienes, si debe ó no exigirse una caucion, cuánto tiempo debe durar ésta, cómo se distribuirán los frutos en caso que el ausente vuelva á presentarse, la solucion de estas diversas cuestiones y otras análogas, depende de la ley de la situacion de la cosa, y por tanto deberá distinguirse entre los bienes muebles y los inmuebles. En suma, luego que la autoridad del domicilio haya proclamado la ausencia, cada Estado aplicará los efectos jurídicos de aquella respecto de los bienes situados en su territorio, con arreglo á las exigencias de las leyes territoriales (1).

(1) Rocco, l. c. parte 3.ª, cap. 28.

74. No vacilamos en rechazar semejante opinion. En efecto, el conjunto de disposiciones, que á la ausencia se refieren, forma un sistema único é indivisible, fundado en la presuncion de la vida ó muerte del ausente. Semejante sistema no puede separarse en sus partes respectivas, y no es posible juzgar por distintos razonamientos cada relacion particular considerándolos como hechos aislados y sin conexion, sin separar la unidad del principio segun el cual se arregla la ausencia por cada legislacion particular. Si todas las disposiciones que se derivan de la presuncion de la ausencia están destinadas á protejer los intereses del ausente y los de su familia, ¿qué ley puede adoptarse mejor á este fin que aquella bajo la cual viven civilmente el ausente y su familia y á cuya proteccion tienen derecho? ¿Qué interés puede tener el soberano territorial en arreglar las relaciones de una familia extranjera y la trasmision del patrimonio de la misma? Si todo depende de la vida ó de la muerte, ¿cómo podrá admitirse que se arregle por una ley la presuncion de muerte y por otra sus consecuencias jurídicas? No podemos, pues, justificar la teoría de Rocco, y opinamos que todo debe depender de la ley nacional; la duracion de la posesion provisional, la caucion, el plazo necesario para la posesion definitiva, el acto de abrir el testamento, los derechos de los herederos testamentarios en concurrencia con los herederos legítimos, y todos las demás efectos.

75. Los inconvenientes prácticos que se derivan del sistema que combatimos, podrán apreciarse mejor examinando este sistema en sus aplicaciones. Las disposiciones del Derecho positivo respecto al comienzo del plazo para poder pedir la declaracion de ausencia y, por consiguiente, la posesion provisional, y la presuncion ó la declaracion de la muerte, y por tanto, la posesion definitiva son muy diferentes. La ley italiana (art. 22) establece: que trascurridos tres años sucesivos de ausencia presumida, ó despues de seis años si el ausente ha dejado un mandatario para administrar sus bienes, pueden pedir los interesados al tribunal que declare la ausencia (1). El Código francés (art. 115) exige cuatro años. El

---

(2) El nuevo Código civil italiano ha abreviado, en efecto, el plazo para poder declarar la ausencia. Tres años despues de las últimas

Código holandés consigna que han de ser cinco, si el ausente no ha dejado procurador (art. 523), y diez'se ha dejado dicho procurador (art. 526). El Código prusiano (art. 82) establece que la declaracion de muerte puede provocarse por el pariente más próximo ó por el tutor del ausente, si han trascurrido diez años desde que se tuvieron de él las últimas noticias. El Código austriaco formula las disposiciones siguientes: un ausente puede considerarse como muerto en los casos que siguen: si ha llegado á la edad de ochenta años, y no se han recibido noticias de él en diez, á contar de la época de su desaparicion; si no se tienen noticias desde hace treinta años; si ha sido gravemente herido en una batalla ó se hallaba á bordo de un buque que se ha perdido y no se han tenido noticias de él en tres años (art. 24). Hay que notar además que el procedimiento para obtener la declaracion de ausencia y la declaracion de muerte es diferente, como tambien lo es el último término en que se presume vivo al hombre.

Pero, ¿cuáles serian las consecuencias de la declaracion de ausencia de un italiano, si éste poseyera parte de sus bienes en Italia y parte en Austria? Segun el sistema de nuestros adversarios, los herederos presuntos ó testamentarios no podrán obtener la posesion provisional, ni la definitiva respecto de los bienes existentes en Austria, hasta que se hubiesen cumplido las formalidades de procedimiento establecidas por la ley austriaca, que es muy diferente de la nuestra.

La ley austriaca, por ejemplo, no admite la posesion provisional, y por consiguiente, los herederos italianos no podrán obtenerla respecto de los bienes existentes en Austria, los cuales serán administrados por un curador, con arreglo á lo establecido en el Código austriaco (art. 277). Ahora bien; si el sistema de la ausencia está organizado para proteger

---

noticias, y seis en el caso en que el ausente haya dejado procurador, puede pedirse la declaracion de ausencia y concederse la posesion provisional. «Esta abreviacion, dice Huc, se explica por la mayor facilidad de las comunicaciones que aproxima en la actualidad todas las distancias, y que hace más grave la falta absoluta de noticias durante un período de tiempo relativamente más corto.» (Estudios de legislacion comparada, 1868, II, pág. 31 y 32.

los intereses del ciudadano y de su familia, ¿por qué ha de aplicarse á los extranjeros? La ley austriaca no es ciertamente la llamada á proveer al régimen del patrimonio privado y á la administracion económica de los bienes pertenecientes á los italianos.

Segun el Código austriaco, la toma de posesion definitiva debe ir precedida de una declaracion de muerte (art. 277). Nuestro Código no admite la declaracion explícita de muerte; pero considera al ausente como un hombre cuya existencia no está reconocida. Los efectos relativos á la posesion definitiva son, bajo cierta relacion, idénticos, porque nuestra ley, lo mismo que la ley austriaca, los concede pasado un plazo de treinta años. Sin embargo, el Código austriaco admite que la declaracion de muerte puede ser provocada trascurridos tres años, cuando la persona de que no se tienen noticias fué gravemente herida en una batalla. Entre nosotros los italianos no existe esta disposicion. Puede suceder, por consiguiente, que un indivíduo italiano, herido en una batalla, y despues de tres años de ausencia sea declarado muerto con arreglo á la ley austriaca en lo tocante á los bienes que poseia en Austria, mientras que se le presumirá vivo ante nuesta ley italiana. Esta manifiesta contradiccion, que pone al indivíduo en la condicion de estar vivo y muerto al mismo tiempo, puede justificarse tanto ménos, cuanto que la ley bajo la cual vive civilmente cada uno, es la única que puede determinar si ha de considerársele como vivo ó como muerto. El magistrado austriaco que otorgase á los herederos italianos la posesion definitiva de los bienes del difunto, antes del término fijado por nuestra ley, traspasaria los límites de su jurisdiccion.

Réstanos añadir que, segun el Código austriaco, la declaracion de muerte no despoja al ausente de los derechos que tenia sino con relacion á las personas que los pidan, y solo por los derechos que estas personas quieran apropiarse; respecto á los demás, el ausente se considera como presente. Segun la ley italiana (art. 42), no es admitido á reclamar un derecho en nombre de una persona cuya existencia se ignora, el que no prueba que aquella existia cuando nació este derecho. De esta diversidad de disposiciones se sigue que un italiano declarado ausente en Italia será considerado aquí como un hombre cuya existencia no es reconocida, mientras que en Austria, se

le consideraria como presente hasta la declaracion de muerte. Por tanto, si antes que esta se pronuncie muriese *intestado* el padre de este indivíduo y dejase bienes en Austria, el magistrado austriaco nombraria un curador que deberia acèptar la herencia paterna, y administrarla, hasta que se declarase la muerte del hijo; mientras que, segun nuestra ley italiana, la sucesion del hijo seria devuelta á aquellos con quienes él tuviese derecho á concurrir, es decir, á los hermanos (art. 43); y por el contrario, respecto de los bienes situados en Austria, pasaria la sucesion á los herederos del hijo, esto es á los hermanos y á la madre.

Estos y otros muchos inconvenientes que trastornan todo el sistema segun el cual están organizados en cada legislacion el régimen y la trasmision del patrimonio de la familia, desaparecen en el sistema defendido por nosotros, el cual es más lógico y está exento de toda contradiccion.

76. Notemos, antes de concluir, otro absurdo del sistema contrario. Queriendo este sistema dar la preferencia á la *lex rei sitæ*, y admitiendo la distincion conocida entre los bienes muebles é inmuebles, de que los primeros se rigen por la ley personal y los segundos por la del lugar en que radican, conduce á la consecuencia que la ley personal del ausente debe regir los derechos reales sobre los bienes muebles. Deduciríase de esto que, declarado ausente el hijo, segun nuestra ley, en el caso de que se trata, para los derechos de aquellos que concurren á la sucesion del padre intestado, se aplicaria nuestra ley respecto á los bienes muebles, porque estos siguen la condicion de la persona, y son regídos por la ley misma que regula el estado de aquella. Por consiguiente, el hijo seria considerado como presente en cuanto á los derechos sobre los inmuebles de su padre que vivia en Austria, y como muerto respecto de sus derechos sobre los bienes muebles, y por tanto ante la misma ley austriaca, un mismo indivíduo estaria á la vez ausente y presente, muerto y vivo.

77. Para evitar todas estas contradicciones, creemos preferible regular todo el sistema de la ausencia por la ley á que está sujeta la persona. Cada soberano tiene, en nuestro sentir, derecho á proteger los intereses de sus súbditos y de las familias de éstos, áun respecto de los bienes que poseen en territorio extranjero, en tanto que, en el ejercicio de este derecho. no perjudique los del soberano territorial, si, por ejem-

plo, se suscitara la cuestion de si hay ó no prescripcion sobre los bienes del ausente, admitimos que deberia resolverse conforme á la *lex rei-sitæ*, no en virtud de la superioridad del Estatuto real, sino por el principio general de que todo lo que se refiere al régimen general de la propiedad debe regularse por la soberanía territorial que tiene derecho exclusivo como en otro lugar demostramos, de conservar la unidad del régimen económico y de proteger la organizacion de la propiedad, pertenezca á quien quiera.

## CAPÍTULO V.

### DE LA LEY QUE DEBE REGULAR EL MATRIMONIO CONTRAIDO EN PAIS EXTRANJERO.

**78. Importancia del matrimonio y su naturaleza especial.—79. Tres opiniones de los autores acerca de la ley que debe regular el matrimonio contraido en territorio extranjero.—80. Crítica de la primera opinion.—81. Idem de la segunda.—82. Nuestra opinion.—83. Respuesta á una objecion hecha á nuestra teoría.—84. Principio que debe regir en esta materia.**

78. El matrimonio es uno de los actos más solemnes de la vida civil, del cual se deriva la más notable modificacion del estado, y que tiene importantes consecuencias jurídicas. Portalis lo define: «la sociedad legítima del hombre y de la mujer que se unen con un lazo indisoluble para perpetuar su especie, y para ayudarse y socorrerse mútuamente á fin de soportar el peso de la vida, participando de un comun destino.»

No queriendo discutir sobre la naturaleza de esta institucion, nos contentamos con hacer notar que, por más que ciertas legislaciones, para elevar su carácter, hayan agregado la sancion religiosa á la obligacion civil, y hasta hayan hecho depender del contrato religioso las consecuencias jurídicas que de él se desprenden, sin embargo, considerando la sociedad conyugal en sus relaciones con el derecho positivo, creemos que se puede demostrar científicamente que el contrato civil y religioso son perfectamente separables, y que puede subsistir el uno sin el otro; la ley civil debe hacer abs-

traccion de las creencias de los individuos; por consiguiente la sociedad de dos personas de diferente sexo constituye un matrimonio, cuando reune las condiciones á que la ley ha subordinado su existencia.

Lo que sí admitimos es que, aunque el matrimonio es un contrato personal y consensual, no puede confundirse con los demás contratos civiles. El interés general de la sociedad, el de las partes contratantes, el de la familia y el de la progenitura, exigen que se le considere como un contrato *sui generis*. Cada ley puede, pues, limitar el poder de las partes conforme á los intereses de la sociedad, á los intereses de las mismas partes contratantes, á los de la nueva familia que se forma, y á los que con aquellos pueden tener alguna relacion.

79. Debemos ocuparnos del matrimonio contraido en país extranjero, considerándole como un *acto del estado civil*. Bajo esta relacion se llama tambien contrato, porque la sociedad conyugal se crea por el consentimiento; pero es muy distinto del *contrato matrimonial propiamente dicho*, del cual se derivan los derechos de los cónyuges acerca de sus bienes, y del que trataremos en lugar oportuno.

En la determinacion de la ley que debe regular el matrimonio y las relaciones de los cónyuges entre sí y con sus hijos, y todas los que se comprenden bajo el nombre de relaciones de familia, han sostenido los autores tres opiniones distintas: admite la primera que debe aplicarse la ley del domicilio conyugal; sostiene la segunda, por el contrario, que debe tenerse en cuenta la ley á que los contrayentes se han referido; y la tercera, aplicando á la solucion de esta cuestion los mismos principios que regulan las demás cuestiones de estado, dá la preferencia exclusiva á la ley nacional de los contratantes.

80. La primera de estas opiniones es tan generalmente aceptada, que puede denominársela *communis opinio*. Bouhier, Burgundius, Boullernois, Burge, Story, Savigny, Rocco (1) y otros, la defienden casi sin darse cuenta de ello;

(1) Bouhier, Cost. de Borg., cap. XXII, § 18 al 28; Boullenois, Observac. 36; Bourge, Coment. on colonial law., parte 1.ª, cap. VI, § 2; Savigny, Tratado de derecho romano, § 370.

tan incuestionable les parece el principio. Explícase este hecho, considerando que, en los tiempos en que escribieron los grandes jurisconsultos antiguos, se hallaban divididos los Estados en pequeñas fracciones territoriales, y no podia haber otro criterio, para determinar las relaciones de familia y los derechos de los cónyuges, que la ley del domicilio conyugal. Despues, cuando por la necesidad generalmente sentida de órden y de unidad legislativa, se formaron los Códigos modernos, continuó prevaleciendo esta misma teoría por la constante tradicion científica y por la misma vida jurídica de los Estados, que, considerándose como aislados, no admitian en su territorio propio la aplicacion de ninguna ley extranjera. Pero en los tiempos modernos han variado notablemente las condiciones, y no podemos aceptar la opinion de los jurisconsultos antiguos sin examinar su fundamento.

Los que sostienen esta opinion invocan primeramente la autoridad del Derecho romano, reproduciendo, entre otros, los textos siguientes: «*Deductione enim opus esse in mariti non in uxoris domum quasi in domiciliu matrimonii* (1)... *Mulieres honore maritorum erigimus, genere nobilitamus, forum ex eorum persona statuimus et domicilia mutamus* (2)... *Exigere dotem mulier debet illic ubi maritus domicilium et ipsa mulier per condicionem matrimonii erit reditura* (3)...» Estos textos no se aplican al caso de que nos ocupamos, pues no suponen ninguna diversidad en la ley que arregla el matrimonio, y solo determinan el lugar y modo de ejercer ciertos derechos y ciertas relaciones que de aquel se derivan. En cuanto á nosotros, la cuestion es completamente distinta y consiste en determinar, entre las diferentes leyes, cuál es la que debe regular estos derechos y estas relaciones.

Savigny admite que el domicilio del marido es el que determina el derecho local del matrimonio, porque el marido es el jefe de la familia, y porque el *vinculum juris* nace en el domicilio del marido: Roccò afirma que, ya pertenezca el marido á la nacionalidad italiana, ó ya sea extranjero domi-

---

(1) Dig. l. 5, *De ritu nuptiarum*, XXIII, 2.
(2) Cod. l. 13, de *dignitatibus*.
(3) Dig. l. 65 de *judiciis*.

ciliado en el reino, se aplicarán nuestras leyes relativas al estado personal de los cónyuges.

Es verdad que la opinion de estos dos autores respetables es la consecuencia lógica de su doctrina relativa á la ley personal, y que se funda en el sistema defendido por ambos. Habiendo admitido, en efecto, como principio que el domicilio determina el derecho especial á que cada persona está sometida por su estado y por su capacidad jurídica (1), para ser consecuentes, debian resolver las cuestiones relativas al derecho de familia teniendo en cuenta la ley del domicilio conyugal. Savigny dice con razon: «El verdadero asiento del lazo conyugal no dá lugar á duda; está en el domicilio del marido... Luego este domicilio es el que determina el derecho local del matrimonio (2);» y Rocco: «El matrimonio produce entre los cónyuges una doble relacion: la una personal, que resulta de su mútua condicion y de su estado recíproco; la otra real, y se deriva de los bienes que poseen. Comenzando por la primera relacion, se vé, en primer lugar, cómo surge la aplicacion de las leyes personales. Trátase de conocer qué estado y qué condicion debe tener el marido y cuáles la mujer. Y por consiguiente, cada cual puede convencerse fácilmente de que á todo esto debe proveer únicamente la ley del domicilio (3).» Hé aquí las consecuencias lógicas de sus principios. Para ser consecuentes con nuestro sistema, nos vemos, no obstante, obligados á alejarnos de la opinion de los dos grandes jurisconsultos.

81. Aún menos concluyente es la segunda opinion, que sostiene que la ley á que se han referido los contrayentes, es la que debe regular el matrimonio y sus efectos. Por más que el matrimonio, en cuanto se refiere á su constitucion, sea un contrato consensual y personal, no puede, sin embargo, hablarse de él como de cualquier otro contrato, sino que ha sido considerado en todo tiempo como un contrato *sui generis*, y por razon de los gravísimos intereses sociales que se derivan de la union conyugal, no es potestativo en las partes sustraerse al dominio de la ley que tiene poder y autoridad so-

(1) Savigny, l. c., § 354 y 372; Rocco, part. 3.ª, cap. XXIX.
(2) Id. trad. Gueroux, segunda edic., p. 320.
(3) Rocco, cap. XX.

bre el contrato mismo. Los derechos y los deberes que de la unionconyugal se derivan, ya entre los contrayentes, ya respecto de los hijos, no pueden arreglarse absolutamente segun la voluntad de las partes, sino que están determinados por la ley. No puede, pues, sostenerse que los cónyuges tengan la facultad de elegir entre una ú otra disposicion, y menos aún que la ley del lugar en donde se ha celebrado el matrimonio sea la que debe aplicarse, porque el lugar de la celebracion puede ser accidental y hasta *in transitu* (1).

82. Paréceme que no puede admitirse razonablemente nada más que la tercera opinion. Cualquiera que sea en efecto el lugar en donde se haya celebrado el matrimonio ó en donde se haya domiciliado el marido al contraerlo, es lo cierto que, mientras este sea miembro de una nacion, á ésta pertenece la nueva familia que se forma, y que los hijos que nazcan del matrimonio se consideran como ciudadanos de esta patria. ¿Cuál es, pues, la ley que debe regular el matrimonio, sino la de la nacion del marido bajo cuya proteccion existen civil y jurídicamente la nueva familia que se ha formado, y los miembros que le pertenecen? Desde el momento en que un italiano, un francés, un inglés ó un ruso, revestido de su propio carácter nacional, contrae matrimonio en territorio extranjero, de este acto civil aprobado resultan algunos efectos que deben ser regulados por la ley de la patria de cada uno. En caso que el marido sea italiano, por ejemplo, la ley italiana será la que regule la validez intrínseca de este acto, las obligaciones entre los padres y los hijos, la legitimidad de éstos, la admisibilidad de las pruebas ofrecidas al efecto, la necesidad de la autorizacion marital, la legitimacion del hijo natural ó nacido antes del matrimonio, y otras cosas semejantes. El indivíduo investido de la nacionalidad italiana, no puede sustraerse al poder de nuestra ley por el solo hecho de haber contraido matrimonio en territorio extranjero, puesto que no puede abjurar su cualidad de italiano al realizar un acto civil que interesa á la nacion á que pertenece; el soberano del lugar en donde esté domiciliado un italiano, no puede tampoco aspirar á someterlo por completo á sus propias leyes.

(1) Photier, *Traité de la communauté*, art. 1.°, núm. 14.

¿Qué interés podrá tener en aplicar las leyes hechas para sus propíos súbditos para arreglar las relaciones de una familia extranjera? Si la familia es extranjera, y por consiguiente los hijos que nacen de ella lo son tambien, ¿qué ventajas habrá en querer determinar por las leyes de su propio país el estado civil de estos indivíduos y sus mútuas relaciones? No hallamos razon alguna que pueda justificar la opinion de Rocco, al sostener que nuestras leyes deben aplicarse en todos los casos, ya sea el marido nacional ó extranjero, con tal que tenga su domicilio en el reino.

83. Empero se nos objeta que las leyes que regulan las familias son como instituciones públicas que revelan los usos y las tradiciones de cada país, las costumbres, la moral pública y la constitucion interior, y que seria violar la independencia de los Estados el importar en territorio extranjero las leyes y las instituciones que rigen el matrimonio entre nosotros. Esta objecion desaparece distinguiendo las disposiciones de carácter público de las de interés privado.

Aunque, considerado bajo el punto de vista del conjunto, interesa mucho al derecho de familia la organizacion de la sociedad, sin embargo, estudiando las disposiciones que se refieren á las relaciones de familia, podemos distinguirlas segun su naturaleza propia. Unas han sido establecidas para defender los intereses privados de los miembros de la familia, otras para conservar la moral pública y las costumbres, y estas últimas son las que forman el derecho público matrimonial. En nuestro juicio, es evidente que los extranjeros domiciliados en un país están obligados á cumplir las disposiciones del derecho público matrimonial, y bajo esta relacion están sometidos á la ley del lugar en donde se hayan domiciliado; mas, para todo lo concerniente á sus intereses privados, están sometidos á las leyes de su patria.

Que una mujer rusa, por ejemplo, domiciliada en Italia, esté ó no sometida á la autoridad del marido; que el hijo de un ruso tenga derecho á tal ó cual parte de sus bienes paternos como porcion legítima, no interesa á los principios del derecho público que entre nosotros rigen el matrimonio, pero interesaria al derecho público matrimonial si un ruso quisiera ejercitar una accion de divorcio en Italia. Estas cuestiones son de naturaleza y de órden diferentes, y no pueden resolverse por idéntico principio; nos admira, pues, que algu-

nos respetables jurisconsultos, para confirmar la doctrina que prefiere la ley del domicilio matrimonial, hayan adoptado como argumento que, en cuestiones de divorcio han aplicado los tribunales la ley del domicilio y no la de la patria de los cónyuges. Pero les preguntamos nosotros: ¿las cuestiones de divorcio, son acaso cuestiones de derecho privado? ¿Puede confundirse una cuestion de esta naturaleza con una de autorizacion material? No lo creemos, porque juzgamos que en cada legislacion las disposiciones de órden público son esencialmente distintas de las de interés privado.

84. Concluimos, pues, que la validez del matrimonio y las relaciones de familia deben regirse siempre por la ley de la nacion del marido, en cuanto ésta no se contraponga al derecho público del lugar en que están domiciliados los cónyuges ó en que quieren hacer valer sus derechos (1). Este

---

(1) El sistema de Mr. Fiore satisface por completo, tiene el mérito de ser mucho más sencillo que los demás, y es enteramente racional. Para más desarrollo sobre esta cuestion, puede consultarse el tomo III, recientemente publicado, del *Comentario de las obras de Wheaton*, por Mr. Villian Beach (Leipcig, 1873), pág. 378 y sig., el cual hace preceder al desarrollo de la doctrina las observaciones generales siguientes y que creemos es aquí oportuna su reproduccion:

«En otro tiempo eran raros los conflictos de las leyes respecto de matrimonios verificados entre extranjeros; pero al considerar la extension de las relaciones íntimas entre los pueblos de todos los países civilizados, procedentes de la aplicacion del vapor á la navegacion y á las vias férreas, y de la electricidad á la telegrafía; si se tiene presente que el viajar no es ya solo asunto de los comerciantes, sino que hay siempre fuera de su propio país muchos millares de familias, que comprenden un número indefinido de personas de ambos sexos que tienen la edad exigida para contraer matrimonio. se concibe, como ha dicho muy bien un comentador americano, hasta qué punto urge la necesidad de una regla comun que sea reconocida en todos los países, á fin de que los tribunales puedan decidir conforme á ella, si las partes pueden ó no considerarse casadas. Esta regla deberia aplicarse á los casos en que las partes están solo como de paso en el país en que celebran el matrimonio, del mismo modo que á los que están en él domiciliados.

Es notable que los tratados concluidos de 1868 á 1872 por los Estados-Unidos con Alemania, Bélgica, Inglaterra y otros países, para conocer el derecho de cambiar de nacionalidad, no hayan estipulado

principio se comprenderá más claramente en las aplicaciones que de él haremos en los capítulos siguientes.

---

los medios de legalizar los matrimonios entre nacionales de diferentes países, matrimonios cuyo número irá aumentando conforme se vayan extendiendo los principios cosmopolitas.

No ignoramos las dificultades que se oponen al establecimiento de un Código uniforme, enteramente basado sobre sistemas tan diversos como aquellos á que han dado orígen el antiguo Derecho romano y la legislacion inglesa; pero no sería posible hacer el Derecho matrimonial y el de sucesion objeto de tratados semejantes á los de naturalizacion que hoy se discuten.»

(*N. de P. F.*)

# CAPITULO VI.

## CONDICIONES DE EXISTENCIA Y DE VALIDEZ DEL MATRIMONIO CONTRAIDO EN PAÍS EXTRANJERO.

**85. Diferencia entre el matrimonio nulo y el matrimonio no existente.—86. Naturaleza y consecuencias jurídicas de la nulidad.—87. Capacidad de los contrayentes.—88. Opinion de Meür.—89. Jurisprudencia inglesa.—90. Nuestra opinion.—91. Oposiciones al matrimonio.—92. Impedimentos de consanguinidad y de afinidad.—93. Principios relativos á la nulidad del matrimonio contraido en el extranjero.—94. Aplicacion del primer principio.—95. Aplicacion del segundo y tercero.—96. Aplicacion del cuarto.—97. Nulidad procedente de las relaciones de afinidad.—98. Forma del matrimonio.—99. Consecuencias jurídicas que se derivan de la omision de las solemnidades MALA FIDE.—100. Prueba de la celebracion.—101. Publicaciones.—102. Consecuencias de la omision de las publicaciones, segun el Código francés.—103. Idem segun el Código civil italiano.—104. Inscripcion en los registros del estado civil.**

85. Antes de ocuparnos de la ley, segun la cual deben determinarse las condiciones extrínsecas ó intrínsecas á que está subordinada la validez del matrimonio celebrado en el extranjero, creemos oportuno notar que, en esta materia, no todas las condiciones entrañan nulidad si dejan de llenarse, y que es necesario no confundir la *anulacion* del matrimonio con su *nulidad* sustancial.

Segun el derecho positivo, constituye un matrimonio la union de dos séres cuando reune las condiciones que, con ar-

reglo á la ley, son esenciales para su existencia jurídica. Es lógicamente imposible considerar como existente el matrimonio faltando una de estas condiciones (por ejemplo, la diferencia de sexo, el mútuo consentimiento, la celebracion solemne).

Cuando el acto tiene existencia jurídica, pero se ha verificado contraviniendo á un mandato ó á una prescripcion de la ley, puede ser invalidado y declarado ineficaz (1).

86. La nulidad del matrimonio debe ser siempre pronunciada por un juicio, ya tenga lugar en pleno derecho por declaracion textual de la ley, ya sea consecuencia de una accion de nulidad. Por más que sea anulable, conserva el matrimonio sus efectos hasta que la anulacion ha sido pronunciada por un juez competente. La única diferencia entre la nulidad textual y la que puede derivarse de una accion, consiste en que, en el primer caso, el juez solo debe examinar si ha sido ó no violado el precepto de nulidad prescrito; y en el segundo, no solo debe verificar de hecho si tal precepto ha sido ó no violado, sino tambien averiguar en derecho si la violacion de este precepto es de las que entrañan la nulidad del matrimonio.

Notemos, por último, que, segun la naturaleza del motivo sobre que se funden las nulidades, así pertenecerán al órden público ó al interés privado; que son *absolutas* ó *relativas* segun que pueden ser propuestas por cualquier interesado, ó solo por ciertas personas determinadas y por un tiempo limitado; que por más que la sentencia de anulacion haga desaparecer de una manera retroactiva todos los efectos jurídicos anejos al matrimonio, como tal (*quod nullum est nullum producit effectum),* sin embargo, como la union ha podido dar lugar á consecuencias de hecho, de que seria imposible hacer abstraccion, subsistirán á pesar de la nulacion los derechos y las obligaciones recíprocas entre las personas entre quienes estas consecuencias de hecho se hubiesen realizado.

87. Despues de haber expuesto estas generalidades, examinemos en detalle las condiciones necesarias al matrimonio contraido en país extranjero. En cuanto á la capacidad de las

---

(1) Zacharías, *Derecho civil,* § 458.

partes contratantes, todos admiten que debe regularse por su ley personal (1). Notemos aquí, que si bien la mujer adquiere por el matrimonio la nacionalidad del marido, debe examinarse su capacidad para contraerlo con arreglo á las leyes de su patria, porque aquella no pierde su propia nacionalidad hasta despues de contraido el matrimonio (2). Por consiguiente, la mujer extranjera, á quien las leyes de su país se lo permitan, puede casarse en Italia á los catorce años, por más que nuestro Código exija que tenga quince años cumplidos. (Art. 55).

88. Este principio no puede ser aplicado como regla general en todos los casos, y debe comprendérsele con sus justas restricciones, es decir, que la ley que regula la capacidad del extranjero, no debe ser contraria á los principios de órden público del lugar en donde se quiere contraer matrimonio. En efecto, nadie intentará sostener que el hombre capaz de contraer segundo matrimonio viviendo la primera mujer, pueda invocar su ley personal en Italia ó en Francia, en donde no está admitida la poligamia. Nosotros no aceptamos la opinion de Meier cuando dice de una manera absoluta que la ley del lugar en que se contrae el matrimonio es la que debe aplicarse exclusivamente para decidir sobre la capacidad de los contrayentes y sobre las solemnidades que deben observarse, y que el matrimonio válido con arreglo á las leyes del lugar en donde ha sido contraido, debe ser considerado igualmente válido en todas partes, hasta en la patria de los contrayentes (3). Si se admitiera este principio, seria fácil eludir el *jus publicum matrimoniale*, y á aquellos á quienes está prohibido contraer matrimonio válido en su patria, por falta de edad

(1) Duranton, l. I, tít. V, núm. 232; Savigny, l. c. § 379; Rocco, part. 3.ª, cap. XVIII; Zacarías, § 469; Demdombe, núms. 217, 232, 234. —*Del matrimonio.*

(2) El matrimonio no siempre da á la mujer la nacionalidad de su marido, pero sí le hace perder la suya; así es que, segun el Código civil francés, la mujer francesa que se casa con un extranjero cesa de ser francesa, y se convierte en extranjera; pero si el marido es inglés, por ejemplo, el Código civil no dice que esta mujer se convertirá en inglesa.

(3) De *conflictu legum*, p. 24

ó de consentimiento, podrian marcharse á un territorio extranjero, en donde no existieran estas prohibiciones, y celebrar, contra las leyes de su patria, un matrimonio que seria válido en su país. ¿A qué consecuencias se llegaria respecto á la prohibicion del matrimonio por causa de parentesco?

89. La doctrina de Meier está sancionada en parte por la jurisprudencia de Inglaterra y América, en donde se considera como válido el matrimonio contraido con arreglo á la ley del lugar en donde se contrae (1), aún cuando las partes se hayan marchado allí expresamente para eludir las leyes de su patria, y no tengan un domicilio *bona fide* (2).

Esta teoría ofende los principios de justicia internacional que deben arreglar las buenas relaciones de los Estados, y es tanto ménos concluyente, cuanto que en la misma Inglaterra se juzga de la validez ó nulidad de los matrimonios contraidos por súbditos ingleses en territorio extranjero, aplicando la ley inglesa y no la del lugar del contrato (3). Los inconvenientes de esta teoría se manifiestan asimismo en la Gran Bretaña, en donde sucede que el segundo matrimonio celebrado en Escocia, despues de haber roto por el divorcio su primer matrimonio contraido en Inglaterra por ciudadanos ingleses, es válido en Escocia y nulo en Inglaterra, porque, segun la ley inglesa, ningun inglés puede contraer segundas nupcias mientras viva la primera mujer, á no haber obtenido permiso para el divorcio por un estatuto del Parlamento. Re-

---

(1) Story, *Conflict of Law*, § 79.

La jurisprudencia inglesa no está sobre este punto sólidamente establecida. Por esto es por lo que Mr. Willian-Bheach cita, en su tercer tomo de los *Comentarios á las obras de Wheaton*, decisiones que parecen contradictorias.

(*N. de P. F.*)

(2) Story, l. c., § 123.

(3) Story, *Conflict of Law*, l. c. § 79.

Fiore tiene razon. En 1857, el vicecanciller Stuart y el juez Cresvelle decidieron que un matrimonio contraido durante una permanencia temporal en Dinamarca, entre un inglés viudo y una hermana de su difunta mujer, nulo en virtud de los estatutos 5 y 6 de Guillermo IV, no era válido en Inglaterra, aunque lo fuese con arreglo á la ley de Dinamarca, á saber, con arreglo á la *lex loci contractus*.

sulta de esto el gran inconveniente de que los hijos del segundo matrimonio son legítimos en Escocia é ilegítimos en Inglaterra (1).

90. Segun la doctrina aceptada por nosotros, siendo el matrimonio el más importante cambio de estado, deberia juzgarse de la capacidad de las partes con arreglo á la ley de la patria de cada contrayente. Ningun estado deberia, pues, permitir que los extranjeros contrajesen matrimonio en su territorio, sin haber primeramente presentado una certificacion de la autoridad competente del país á que pertenecen, en la que constase que, segun las leyes á que estan sujetos, nada se opone al matrimonio proyectado. Hallamos aceptado este principio en la mayor parte de los países civilizados. El legislador italiano lo ha sancionado en el art. 103 del Código civil (2); en Francia existe la circular del 4 de Marzo de 1831 (3); en Austria, un decreto de la Cancillería dado en 22 de Setiembre de 1814 (Recopilacion de las leyes judiciales, p. 203, n. 1.113); en Prusia, una órden del Gabinete (28 de Abril de 1845), impone al extranjero que quiera contraer matrimonio con una prusiana, la presentacion de un certificado del magistrado de su país, declarando que tiene capacidad para ello, y que al volver á su patria no encontrará ningun obstáculo para que su mujer y sus hijos sean reconocidos legítimos (4). Si todos los estados civilizados aceptasen este principio, se evitaria el inconveniente práctico de permitir ciertas uniones que pueden ser ineficaces en la patria de los contrayentes, tanto más cuan-

---

(1) Story, l. c., § 117.

(2) El artículo 103 del Código civil italiano está concebido en estos términos:

«El extranjero que desee contraer matrimonio en el reino, debe presentar en la oficina del registro civil una declaracion de la autoridad competente del país á que pertenezca, la cual pruebe que, segun la ley de que él depende, nada se opone al matrimonio proyectado. Si el extranjero tiene su residencia en el reino deben verificarse, además, las correspondientes publicaciones con arreglo á las disposiciones del presente Código.

(3) Ordenanza real del 12 de Julio de 1808, § 16 y 17.

(4) Ley de 4 de Setiembre de 1808.

to que ciertas leyes como las de Baviera (1) y Wurtem-

---

(1) Hé aquí cómo se expresa el guarda-sellos en esta circular: «En muchos Estados limítrofes ó vecinos de Francia, prohibe la ley á los habitantes casarse en país extranjero sin la autorizacion del Gobierno, sopena de nulidad de su matrimonio. Resulta de aquí, que los habitantes de estos países, atraidos á Francia por la actividad de la industria ó por la riqueza del suelo, han contraido matrimonio con francesas sin haber obtenido esta autorizacion. Si quieren despues volver á su patria, sus mujeres y sus hijos son rechazados como ilegítimos. Semejante estado de cosas impone al Gobierno francés el deber de tomar algunas precauciones para asegurar la validez de estos matrimonios contraidos de buena fé por mujeres que, despues del cumplimiento de todas las formalidades exigidas por las leyes francesas, deben contar con la proteccion de estas leyes. El medio más eficaz debe ser el de exigir á todo extranjero *no naturalizado*, que quiera casarse en Francia, la justificacion por un certificado de las autoridades del pueblo de su naturaleza ó de su último domicilio en su patria, que es apto, segun las leyes que allí rigen, para contraer matrimonio con la persona con quien se propone verificarlo. En caso de negativa ó duda, decidirán los tribunales competentes.»

Esta circular no es más que un consejo dado á los encargados del registro civil para su propia garantía y la de sus administrados franceses, contra toda responsabilidad ó contra toda accion de nulidad de matrimonio. Fœlix se expresa en estos términos: «La intencion que ha presidido á la redaccion de esta circular no puede ser objeto de crítica, pero los resultados están muy lejos de haber respondido al fin que se propuso el guarda-sellos; y suscitando su circular muchas dificultades, ha sido con frecuencia un obstáculo á enlaces matrimoniales que reunian todas las condiciones legales. Alegando que las leyes de su país no las autorizan á ello, se han negado muchas veces las autoridades extranjeras á expedir los certificados de que se trata. En algunos países extranjeros ha dado lugar esta circular á represalias: el encargado del registro civil, ha pedido allí á los franceses que querian contraer matrimonio un certificado análogo al exigido por la circular mencionada; y como ninguna autoridad francesa se cree obligada ni con poder bastante para librar semejante certificado, el futuro esposo francés podia á duras penas convencer á las autoridades extranjeras de que poseia realmente las cualidades y condiciones necesarias para contraer matrimonio. En semejante estado de cosas, creemos preferible que se dejase caer en desuso la circular del 4 de Marzo de 1831, y abandonar, lo mismo que en los demás casos en que un francés se propone contratar con un extranjero, á cada una de las partes el cuidado de averiguar lo que haya acerca de la capacidad de

berg (1), prohiben al súbdito del estado, bajo la pena de nulidad, contraer matrimonio en país extranjero sin permiso del Gobierno.

---

la otra.»—(*De los matrimonios contraidos en país extranjero*, capítulo II, § 11 y 12).

(*N. de P. F*).

(1) Los extranjeros no naturalizados no son admitidos en Prusia á contraer matrimonio sino prévia la justificacion con documentos auténticos, que las leyes de su país no oponen ningun impedimento á la union proyectada. El extranjero debe además hacer en su patria las publicaciones prescritas por las leyes; sin embargo, cuando ha fijado su domicilio en Prusia y lleva allí más de un año de residencia, áun cuando su establecimiento definitivo sea posterior á esta fecha, basta, lo mismo que para los naturales del país, la publicacion hecha en la parroquia á que pertenece.

Con arreglo á una ley del 31 de Marzo de 1864, los extranjeros que quieran contraer matrimonio en Prusia con nacionales ó con extranjeros, además de las condiciones prescritas, deben obtener un certificado de las autoridades locales, declarando que son aptos, segun las leyes de su país, para contraer matrimonio en el extranjero sin perjudicar su derecho de ciudadanía, ó que han recibido el permiso exigido por las leyes de su patria. Los encargados del registro, ya sean eclesiásticos ó no, que asistan oficialmente á la celebracion de un matrimonio en que no se presente este certificado, incurren en una multa, á ménos que los contrayentes estén dispensados de verificarlo.

Los ministros de Justicia, del Culto y del Interior, pueden dispensar de estos certificados en casos especiales. Por una circular de estos ministros se concede dispensa á los súbditos británicos y á los ciudadanos americanos, porque no tienen medios de obtenerlos. Su cualidad de ingleses ó de americanos, se prueba por un pasaporte de su Gobierno ó de un agente diplomático.

Desde el año 1858, no tienen tampoco los franceses necesidad de tales certificados para contraer matrimonio en Prusia, porque las leyes francesas no autorizan para expedirlos.

En 24 de Diciembre de 1868, se convino entre Francia y el Luxemburgo en lo siguiente: Las actas que deben presentar para contraer matrimonio en Francia los súbditos luxemburgueses ó en el Gran ducado los súbditos franceses, serán admitidas por los encargados del registro civil de ambos países respectivamente cuando estuvieron legalizados, ya por el presidente de un tribunal, por el juez de paz ó por su suplente, y no se exigirá otra legalizacion, fuera del caso en que pudiera ponerse en duda la autenticidad de los documentos presentados.—(*Archivos diplomáticos*, t. II, p. 629).

91. Fácilmente se infiere de lo dicho que el derecho de oponerse al matrimonio, tal y como está determinado por la ley nacional de los contrayentes, debe ser reconocido áun en territorio extranjero, en favor de aquellas personas á quienes la ley misma lo concede. Cualquiera que sea la ley del lugar debe, por consiguiente, ser admitida la oposicion hasta el momento de la celebracion del matrimonio; y una vez hecha en las formas prescritas, debe bastar para que el funcionario que en él intervenga, y que no puede juzgar del fondo, suspenda la celebracion del matrimonio hasta que el magistrado haya decidido si dicha oposicion es atendible ó si debe ser considerada como ineficaz. Con arreglo á la misma ley nacional de los contrayentes es como debe decidirse tambien á quién pertenece el derecho de impedir que se desestime la oposicion, determinar las consecuencias jurídicas de la oposicion deshechada por lo que se refiere á los que se opusieron, y fijar los perjuicios de que pueden ser responsables.

92. Respecto á los impedimentos que dependen de las relaciones de consanguinidad ó de afinidad que pueden existir entre los esposos, observamos que, cualquiera que sea la ley de la patria de los contrayentes, que prohiba el matrimonio entre parientes de cierto grado ó entre afines, y que declare incestuosas ciertas uniones, obliga tambien á los extranjeros que quieran contraer matrimonio, porque debe ser considerada como fundada en principios de órden público. Con arreglo á esta base es como nuestro Código civil, en su art. 102, dispone que «el extranjero está sometido tambien á los impedimentos enumerados en la segunda seccion del cap. I de este título.» Por consiguiente, si dos extranjeros quisieran contraer matrimonio en Italia, y existiese entre ellos uno de los impedimentos legales determinados por nuestro Código, tendría el funcionario público derecho á oponerse, aún cuando la ley de su patria fuese diferente. En el Código francés no hallamos disposicion textual relativa á este punto; sin embargo, la jurisprudencia establecida es, que los impedimentos dirimentes fijados por la ley francesa, obligan tambien á los extranjeros, que son siempre considerados como sometidos á las leyes de policía vigentes en Francia (1).

(1) **Zacarías, § 460, núm. 2.**

Por el contrario, cuando la ley del lugar en donde se quiere celebrar el matrimonio no prohibe ciertas uniones entre personas consanguíneas ó que tuvieren parentesco de afinidad, pero que existe, con arreglo á la ley de la patria de los contrayentes, un impedimento prohibitivo ó dirimente, no puede celebrarse el matrimonio con arreglo al principio general de que la capacidad de los contrayentes debe juzgarse por la ley de su pais respectivo. Este principio ha sido tambien aceptado por la jurisprudencia inglesa, segun la cual, son declarados nulos los matrimonios contraidos por los súbditos ingleses en el extranjero, cuando con arreglo á las leyes inglesas pueden considerarse incestuosos (1). Tambien en Francia ha sido declarado nulo (2), con arreglo al art. 170 del Código de Napoleon, el matrimonio entre un francés y su cuñada, celebrado en un país en donde esta union no esté prohibida. El artículo 100 del Código civil italiano establece que el matrimonio celebrado en país extranjero entre ciudadanos, ó entre un ciudadano y un extranjero, es válido con tal que el primero no haya contravenido á las disposiciones contenidas en la seccion segunda del capítulo I del matrimonio. Notemos por último, que, cuando ambos contrayentes pertenecen á países diferentes, y segun la ley del país de uno de ellos no existe ningun impedimento, y sí con arreglo á las leyes del país del otro, no puede efectuarse el matrimonio, porque ambos contrayentes deben ser capaces, y la capacidad de cada cual debe ser juzgada con arreglo á las leyes de su país.

Pero cuando un matrimonio se ha celebrado ya á pesar de existir un impedimento, ¿por qué ley deberá decidirse si esta circunstancia lleva consigo la nulidad del matrimonio?

93. La teoría de la nulidad de los actos es por sí misma séria, grave y compleja; la de la nulidad del matrimonio y de las acciones que de él se derivan, es la más difícil de todas: ya sea porque estas cuestiones deben resolverse por principios excepcionales, á causa de las graves consecuencias que

---

(1) Story, l. c. § 114, c.

(2) T. de Cas., 8 de Nov. de 1824; *Journ du Pal.*, t. XVIII, p. 1081; Duranton l. I, n. 163.

de la anulacion se derivan, ya porque las disposiciones del derecho positivo no son uniformes, no pueden establecerse reglas constantes, cuando el matrimonio se ha verificado en territorio extranjero.

Los principios generales que nosotros aceptamos, son:

1.° Que la nulidad del matrimonio no puede ser admitida por presuncion ó por induccion, sino sólo cuando está formulada expresamente por la ley á que el matrimonio está sometido: en la duda, la presuncion debe ser siempre favorable á la validez.

2.° Que las únicas personas que pueden ejercitar la accion de nulidad, son aquellas á quienes la ley la concede.

3.° Que la ley segun la cual deben juzgarse las acciones de nulidad dirigidas contra un matrimonio, su prescripcion y las excepciones de inadmisibilidad, es la que rige el matrimonio con arreglo á las distinciones que hemos hecho.

4.° Que el tribunal ante el cual se ha presentado una demanda de nulidad de matrimonio tiene derecho á examinar si la ley del país del extranjero, en virtud de la cual se quiere obtener la anulacion, es contraria á los principios de órden público existentes en el punto donde tiene lugar el juicio, y que, en este caso, puede negarse á pronunciar la nulidad.

94. Aplicando el primer principio, notamos que no siempre es nulo el matrimonio celebrado aun cuando haya algun impedimento legal. En todas las legislaciones, encontramos la importante diferencia entre los impedimentos prohibitivos y los dirimentes. Los primeros no tienen, por regla general, más efecto que imponer el deber al funcionario público encargado del registro civil, de no proceder á la celebracion del matrimonio, y conferír á personas determinadas el derecho de oponerse á él. Solamente los segundos llevan consigo la nulidad. Pero ya se haya verificado el matrimonio en el mismo país, ya en territorio extranjero, no puede razonarse por presuncion sobre su validez ó sobre su nulidad. No debe admitirse una causa de nulidad para un matrimonio contraido en el extranjero, á no ser en el caso en que existiria si el matrimonio hubiera tenido lugar en el mismo país. Rechazamos por consiguiente, la opinion de algunos jurisconsultos franceses (1), que, comentando el art. 170 del Código de Napoleon,

(1) Delvincourt. t. 1.°, p. 68, not. 4; Toullier, t. I, p. 288; Mercade: tit. II, art. 170.

segun el cual «el matrimonio contraido en país extranjero entre franceses, y entre una persona francesa y otra extranjera será válido..... siempre que el francés no haya contravenido á las disposiciones contenidas en el capítulo precedente,» han querido argumentar, *á contrario*, que toda contravencion á las condiciones exigidas por la ley francesa entraña la nulidad del matrimonio, y, por consiguiente, que la falta de actos respetuosos (art. 181, Cód. Nap.) podría ser una causa de nulidad de un matrimonio contraido en el extranjero. En nuestro juicio los impedimentos simplemente prohibitivos no pueden convertirse en dirimentes, cuando el matri monio se ha contraido en el extranjero (1).

95. Para esclarecer el segundo y tercer principio que hemos establecido, observemos que, pudiendo proceder de diferentes causas las acciones de nulidad, el tribunal ante quien se presenta la demanda debe juzgarla con arreglo á la ley de que aquella se deriva, y sobre la cual se funda la accion. Si, por ejemplo, la accion se fundase en la falta de edad, debe determinarse la en que puede contraer matrimonio segun la ley del país á que pertenece la parte, y lo mismo respecto de las personas que pueden ejercitar las acciones de nulidad y proponer las excepciones. Supongamos, por el contrario, que dos extranjeros, que sean hermanos naturales, se han casado en Italia, y que el ministerio público ha querido atacar este matrimonio contraido en contravencion á los artícu-

---

(1) No participo en esto de la opinion de Fiore. Seguramente que la falta de publicaciones no constituye nunca, para los matrimonios contraidos en Francia, una causa de nulidad; pero cuando el matrimonio se ha realizado en el extranjero, reemplazan en Francia, hasta cierto punto, las publicaciones, la publicidad de la celebracion. Hay que dejar cierta latitud á los tribunales en esta materia; tal es tambien la jurisprudencia, la cual examina si hay ó no alguna intencion fraudulenta en la conducta de las partes; si su fin ha sido, por ejemplo, ocultar su matrimonio, para dispensarse de tributar á los ascendientes los respetos exigidos por la ley. Así, pues, la violacion, en este punto, del art. 170 del Código civil puede ser, segun la circunstancia, una causa de nulidad del matrimonio. (V. el *curso de Derecho civil* de Mr. Valette, 1873, t. I, p. 20.)

(*N. de P. F.*)

los 192 y 59 del Código civil (1), y entendemos que nuestro tribunal debe juzgar esta demanda de nulidad aplicando nuestra ley italiana, porque en el matrimonio contraido en Italia, aunque las partes sean extranjeras, están sometidas á los impedimentos establecidos por nuestro Código, fundados en motivos de órden público.

96. Respecto al cuarto principio que hemos establecido, observamos que, aunque deba juzgarse siempre de la validez ó nulidad del matrimonio en la patria de los contrayentes, segun la ley vigente en ella, no puede invocarse esta ley en todos los casos para invalidar un matrimonio contraido en país extranjero y válido segun la ley del país en que se contrajo. Así, por ejemplo, la incapacidad que proviene de una proscripcion política, y que haria nulo el matrimonio contraido en la patria, no puede impedir que el proscrito lo contraiga con validez en el extranjero. El matrimonio de un condenado á muerte civil no podria ser invalidado en un Estado que no admitiera esta pena. Lo mismo puede decirse del matrimonio entre dos personas, una blanca y otra de color, el cual, segun el Código de la Luisiana (art. 95), seria nulo, pero no podria invalidarse en Italia. Otro tanto puede asegurarse del matrimonio contraido por un hombre libre y una mujer esclava; por más que fuese nulo ante la ley de su patria, no podria anularse en un país que no reconozca la esclavitud.

97. Respecto de la nulidad que puede proceder del parentesco de afinidad ó del de consanguinidad existentes entre los cónyuges, en el caso que hubiere una prohibicion con arreglo á la ley de la patria de los contrayentes, pero no con arreglo á la del lugar en donde se ha contraido el matrimonio y en donde las partes se han unido á pesar de la prohibicion, creen algunos que debia distinguirse entre los impedimentos fundados en el derecho natural y los que se derivan del dere-

---

(1) Trátase del Código civil italiano, cuyos artículos 192 y 59 están concebidos en estos términos: «Art. 192. El juicio que declara la filiacion natural produce los efectos del reconocimiento.—Art. 59. Está prohibido el matrimonio en línea colateral: 1.° entre las hermanas y hermanos legítimos ó naturales; 2.° entre los que tienen este mismo grado por afinidad; 3.° entre el tio y la sobrina, y la tia y el sobrino.

cho positivo, y afirman que los impedimentos por grados de parentesco, fundados en el derecho natural, hacen nulo el matrimonio en la patria y en el extranjero, pero que no sucede lo mismo con los fundados en el derecho positivo y no reconocidos en el lugar en donde se ha contraido el matrimonio (1). No creemos que esté fuera de razon esta distincion, si bien, como dice Grotius, no siempre es fácil determinar dónde concluye el derecho natural y comienza el positivo. De cualquier modo, cuando el matrimonio es válido en el lugar en donde se ha contraido, cuando hay posesion de estado, han nacido hijos de este matrimonio, y se le quiere invalidar en virtud de una ley extranjera, corresponde á los magistrados examinar si la ley que se quiere invocar está ó no en contradiccion con la que regula el matrimonio, y en caso afirmativo, no se negarán los efectos civiles á un acto válido.

98. En cuanto á la forma en que debe celebrarse el matrimonio, convienen jurisconsultos y canonistas en sostener que debe ser determinada por las leyes del lugar en donde se ha celebrado. Sanchez dice: «*Peregrinit eneantur legibus et consuetudinibus loci per quem transeunt quoad solemnitatem* (2).» Por esto sostiene que un matrimonio clandestino celebrado en un país que haya aceptado el Concilio de Trento, que lo prohibe, no es válido, á pesar de que sea permitido por la ley del país de los contrayentes. Tan de acuerdo se han puesto sobre este punto los jurisconsultos, que puede considerarse la doctrina como una *communis opinio* (3).

Notemos, sin embargo, que en determinadas circunstancias pueden admitirse algunas excepciones, por ejemplo, cuando las formas prescritas por la ley del lugar fuesen contrarias á las convicciones religiosas de los contrayentes, ó cuando el matrimonio se celebrase con arreglo á la ley del país de estos, ya durante la ocupacion militar, ya ante el agente consular ó el ministro de su nacion (4).

---

(1) Story l. c.; § 116.

(2) Sanchez—*Da matrimonio.*—L. III, D. 18 p. 29.

(3) Voet, *De Stat.*, § 9; c. II, n. 9; Kent, *Comm. Law.* 26, p. 91; Merlin, l. c.; Matrimonio.

(4) Story l. c. § 118.

99. Háse discutido mucho la cuestion de si debe considerarse como válido el matrimonio, áun en el caso en que dos indivíduos se han marchado á país extranjero para eludir su ley nacional y para evitar una formalidad costosa é inoportuna. Nuestro parecer es, que siempre que se trate de una simple forma exterior, no debe darse importancia para la validez del matrimonio á la intencion de las partes, y que basta haberlo celebrado con las solemnidades prescritas por la ley del lugar en donde la union se ha verificado. Aun en Inglaterra, en donde se exige de una manera tan celosa la observancia de las leyes inglesas, se considera válido el matrimonio contraido en Escocia por súbditos ingleses, con arreglo á las formalidades establecidas por la ley escocesa, áun cuando los contrayentes no tuviesen *bona fide* su domicilio en Escocia (1).

Esto slóo es aplicable á las formalidades esenciales para el valor jurídico del acto. Segun las leyes de algunos países, no existe el matrimonio como estado civil sino cuando los contrayentes manifiestan su consentimiento en presencia del cura y de dos testigos. En tal caso, los que para evitar la formalidad del rito religioso se marcharon á un país extranjero en donde se permitiera el matrimonio civil, no podrian contraer un matrimonio que fuese válido en su patria. La razon de ello es porque, en el caso supuesto, se invocaria sin razon el principio *locus regit actum*, puesto que no se trataria de una simple formalidad exterior, sino de una condicion necesaria para la existencia jurídica del acto, y los contrayentes no podrian sustraerse á ella trasladándose á un país extranjero para burlar la ley del suyo (2).

100. De lo dicho se infiere fácilmente que todas las cuestiones relativas á la celebracion del matrimonio y á la prueba, deben resolverse aplicando la ley del lugar en donde aquél se ha celebrado. Tales son las cuestiones concernientes á las solemnidades que deben acompañar ó preceder á la celebracion, al funcionario público competente, al acta por donde pudiera probarse la observancia de las solemnidades exi-

---

(1) Burge, Comment. on colonial law. 1, 187.

(2) Pothier, *Del matrimonio*, n. 363; Merlin, matrimonio. § 1.

gidas para la existencia del matrimonio, y á otras cuestiones semejantes. No puede decirse lo mismo respecto de la forma del consentimiento y los medios de probarlo, cuando, por razones de enfermedad física, estuviese imposibilitado de declarar su voluntad. Esta cuestion debe resolverse con arreglo á la ley sobre la capacidad de los contrayentes.

101. Una de las formalidades que deben preceder á la celebracion del matrimonio, formalidad exigida por casi todas las legislaciones, es la de la publicacion oficial (la de los edictos), destinada á que se sepa que dos indivíduos quieren contraer matrimonio. Es cierto que, en cuanto á la obligacion impuesta á los esposos de mandar hacer dicha publicacion, en cuanto al deber del encargado del registro civil, al modo de hacerla y al lugar en donde debe hacerse público el matrimonio, es necesario aplicar la ley de aquél en que éste se celebra. Algunas legislaciones imponen á los ciudadanos que se casan en país extranjero, que se publiquen tambien edictos en su patria. De este modo lo dispone, por ejemplo, el Código de Napoleon, en su art. 170; el Código italiano en el art. 100; el austriaco, en su art. 4.°; el de los Países Bajos, en el artículo 158, y otros muchos Códigos. La ley italiana y la francesa prescriben además la obligacion de inscribir en el registro civil del país de los esposos, el matrimonio contraido en el extranjero. Las consecuencias jurídicas que se derivan de la omision de estas prescripciones, deben apreciarse con arreglo á las leyes del país de los contrayentes.

102. Proponiéndonos resolver la cuestion colocándonos bajo el punto de vista del Código francés y del italiano, comenzaremos por notar lo mucho que, á propósito de la aplicacion del referido art. 170, se ha discutido en Francia sobre las consecuencias jurídicas de un matrimonio contraido en el extranjero, sin haber procedido en Francia préviamente á su publicacion. Las opiniones sostenidas por los jurisconsultos han sido diferentes, é incierta la jurisprudencia. Han dicho unos que el matrimonio contraido en país extranjero, sin que precediera su publicacion en Francia, podia anularse (1). Estos se apoyan en el texto mismo del art. 170, que establece

(1) Delvincour, t. I. p. 68; Touller, t. I, p. 288; Mercade, art. 170, número 2.

que: «El matrimonio contraido en país extraño entre france ses, ó entre extranjeros y franceses, será válido, *con tal* que hayan precedido las publicaciones prescritas por el art. 63.» Luego, dicen éstos, si no han precedido las publicaciones, debe carecer de valor legal. Han considerado, además, que el matrimonio puede ser anulado por falta de publicidad; que el matrimonio celebrado en país extranjero sin publicarse en Francia, carece absolutamente de aquella; y han concluido de aquí que puede anularse este matrimonio. Dicha opinion ha sido sancionada por el Tribunal de casacion, en 9 de Mayo de 1831 y en 6 de Marzo de 1837 (1). Dicho Tribunal, considerando que, segun el Código de Napoleon, no hay otra sancion para obligar á los contrayentes á las publicaciones, que la multa impuesta al encargado del registro civil que asiste al matrimonio; que no puede castigarse á un funcionario extranjero; y que no puede hallarse otra sancion para impedir á los franceses que eludan su ley en país extraño, ha declarado nulos tales matrimonios.

Otros, por el contrario, han dicho que no puede absolutamente pronunciarse la nulidad por falta de publicaciones, porque la disposicion contenida en el art. 170 es una excepcion de la regla general *locus regit actum*. Por otra parte, el artículo no amenaza de nulidad, sino que establece reglas para los que quieran contraer matrimonio en el extranjero, y por consiguiente, las disposiciones en él contenidas deben ser consideradas como reglamentarias y no como dirimentes. Han considerado tambien como una sancion suficiente de la disposicion la multa á que puede sujetarse á los mismos contrayentes, con arreglo al artículo 192; por último, que la falta de las publicaciones, que no es una causa de nulidad cuando el matrimonio se ha contraido en Francia, no puede serlo tampoco cuando se ha contraido en el extranjero (2). Esta opinion ha recibido asimismo la sancion de diferentes tribunales imperiales y del Tribunal de casacion (3).

---

(1) Deb. 1831. t. III; id. 1837, t. 177 (p... c. p.)

(2) Merlin *Rep. edictos matrimoniales*, n. 2; Zacarías, § 468; Aubry y Rau, nota 12; Duranton, 237; Tullier, I 578; Dalloz *Jurisp. gen.*, *matrimonio*, t. 19, p. 225.

(3) Deb. 1833, I, 193. (D'Herison).

La tercera opinion, que en estos últimos tiempos ha triunfado en la jurisprudencia francesa, sostiene que pertenece á los magistrados apreciar las circunstancias de hecho que han precedido y acompañado á la celebracion del matrimonio, y declararle válido ó nulo por contravencion al art. 170. Los autores que sostienen esta opinion se apoyan tambien en el texto del mismo artículo, y dicen que, no habiendo amenazado expresamente de nulidad el legislador, fué su intencion sin duda dejar á los jueces bastante latitud de apreciacion (1). Esta opinion ha recibido igualmente la sancion de diferentes tribunales imperiales y del Tribunal de casacion (2).

103. Ménos dudosa nos parece la solucion de la cuestion respecto al Código civil italiano. Nuestro legislador, despues de haber enumerado las condiciones exigidas para que sea válido un matrimonio contraido en país extranjero, añade: «Las publicaciones deben hacerse tambien en el reino, etcétera.» De los mismos términos del artículo resulta claramente que la disposicion contenida en el último párrafo es reglamentaria, y que, en caso de contravencion, no puede surgir la cuestion de nulidad. Creemos, además, que áun cuando pudiera probarse que dos italianos se han marchado á país extranjero con *ánimo deliberado* de eludir las publicaciones, no podria sostenerse la nulidad del matrimonio por este solo motivo. La multa de 200 á 1.000 francos en que, con arreglo al artículo 123, incurren los esposos que omiten las publicaciones, nos parece suficiente para la sancion de esta disposicion (3).

---

(1) Demolombe, *Matrimonio*, n. 223. Fœlix, De los matrimonios contraidos en país extranjero n. 3 y sig.

(2) 8 Nov. 1853; Dev. 1856, I, 17; 28 Marzo 1854; Dev. 1854, I, 295.

(3) Hé aquí los artículos del Código civil italiano:

Art. 100. «El matrimonio contraido en país extranjero entre ciudadanos del mismo, ó entre un ciudadano y un extranjero, es válido, con tal que se haya celebrado con arreglo á las leyes establecidas en el país, y que el ciudadano no haya contravenido á las disposiciones contenidas en la segunda seccion del capítulo 1.° de este título. Las publicaciones deben hacerse, en este caso, en el reino con arreglo á las prescripciones de los artículos 70 y 71. Si el futuro cónyuge ciudadano no tiene su residencia en el reino, se harán las publicaciones en el pueblo de su último domicilio.»

104. Debe tambien considerarse como una simple disposicion reglamentaria, la contenida en él art. 101 del Código italiano, que corresponde al 170 del Código de Napoleon, y que impone á los italianos que se casan en territorio extranjero, la obligacion de inscribir su matrimonio en los registros civiles de su país, antes de los tres meses despues de su vuelta. La opinion de algunos autores franceses, que quieren hacer depender los efectos civiles del matrimonio, en el país de los esposos, del acto de transcripcion, no nos parece sostenible ni en Francia ni en Italia. Sólo aceptamos como razonable la opinion de Demolombe, segun la cual, si se celebrase un matrimonio en país extranjero, y no se hubiese trascrito á los registros civiles del país de los esposos, y si los cónyuges lo hubieran tenido oculto de tal modo que nadie pudiese creer con fundamento que existia este matrimonio, los tribunales, pesando las circunstancias de hecho, y tenida en cuenta la conducta más ó ménos fraudulenta ó la buena fé de los terceros, podrian declarar sin efecto semejante matrimonio, en lo tocante á los terceros que hubiesen contratado de buena fé (1).

---

**Art. 123. «Incurren en una multa de 200 á 1.000 francos los esposos y el encargado del registro civil que hubieren celebrado un matrimonio sin hacer que precedieran las publicaciones necesarias.»**

**Estos artículos corresponden al 170 y al 192 del Código civil francés.**

**(*N. de P. F.*)**

**(1) Demolombe l. c. n. 229; Fœlix, l. c.; tribunal de casacion francés, 30 de Agosto de 1808; *Journal du Palais* t. VII, p. 121.**

## CAPITULO VII.

### DE LA LEY QUE DEBE REGULAR LOS DERECHOS Y LOS DEBERES RESPECTIVOS DE LOS CÓNYUGES Y DE SUS HIJOS.

**105. Origen de los derechos y de los deberes de los cónyuges.—106. Capacidad jurídica de la mujer casada segun la ley inglesa.—107. Idem segun la ley francesa.—108. Ley que debe arreglar las relaciones de familia.—109. Aplicacion de las disposiciones del Código civil italiano á los cónyuges extranjeros.—110. La mujer francesa necesita siempre autorizacion especial para enagenar.—111. Deberes de los padres para con sus hijos.—112. Religion en que pueden ser educados éstos.—113 Separacion personal.—114. Disposiciones diversas en materia de separacion.—115. Ley que debe regir la separacion de los cónyuges extranjeros.—116. Idem, id. las consecuencias jurídicas de la separacion.**

105. Los derechos y los deberes de los cónyuges nacen de su union, de la ley y de los convenios celebrados entre ellos. Todas las legislaciones reconocen al marido como el jefe de la familia, y le conceden un determinado poder sobre la mujer propia; sin embargo, la organizacion del poder marital, y la mayor ó menor dependencia á que está sometida la mujer en sus relaciones con el marido, varían segun las diversas leyes, y dependen de la diferente idea del poder doméstico y de la capacidad jurídica de la mujer. Para dar de ello una idea vamos á citar algunas legislaciones que merecen especial consideracion: nos referimos á las legislaciones inglesa y francesa.

106. Segun el *Common Law*, vigente en Inglaterra y en la América Septentrional, la personalidad jurídica de la mujer es, con raras excepciones, absorbida por la del marido. Ante la ley, el marido y la mujer son una sola persona; el marido tiene una autoridad y un poder exclusivos sobre los actos de la mujer, y ésta, mientras está casada, se halla bajo la potestad y la tutela del marido, (*under the guardianship and couverture of the husbaud*). Blackstone (1) observa, con razon, que el ser y la existencia legal de la mujer están suspensos durante el matrimonio, ó cuando ménos incorporados y consolidados con la existencia del marido. Este no puede, por consiguiente, hacer ningun convenio con su mujer, como tal, y solo puede disponer en su su favor por un acto de última voluntad. La mujer no puede contratar válidamente ni realizar ningun otro acto jurídico en su nombre propio, no puede comparecer en justicia, ni áun por sus injurias personales, á no ser en nombre de su marido y con su consentimiento. Durante la vida conyugal é independientemente de los pactos nupciales, tiene el marido derecho á disponer de toda la propiedad personal y mobiliaria de su mujer; es además, dueño (*frechold*) de todos los bienes inmúebles, y tiene derecho a conservarlos en provecho suyo si sobrevive y tiene hijos (2).

El Código francés sigue un derecho intermedio entre las legislaciones que privan á la mujer casada de toda capacidad jurídica, y aquellas que, como las leyes austriacas, rusas, etcétera, la consideran como conservando completamente dicha capacidad en frente de su consorte. Segun el Código de Napoleon, la mujer está sometida al poder del marido, pero éste no absorbe su personalidad jurídica. Como regla general, la mujer no puede enagenar, hipotecar, dar, adquirir, ni comparecer en justicia sin consentimiento del marido; pero puede, sin autorizacion, tomar medidas para la conservacion y la garantía de sus derechos, puede hacer y revocar un testamento; puede ejercer los derechos de patria potestad sobre los hijos legítimos ó naturales que hubiera tenido fuera de este matrimonio. Notemos además, que la necesidad de autorizacion marital á que la mujer está sujeta, puede cesar

(1) Comm. 441.
(2) Story *Conflict of law*. § 133 y 134; Kent., *Comm.*, lect. 78!

en todo ó en parte. En *todo*, si ésta ejerciera el comercio, en cuyo caso podrá, sin prévia autorizacion, vender, comprar, contratar obras, endosar letras de cambio y practicar toda clase de operaciones comerciales. En *parte*, si la mujer estuviese casada bajo el régimen dotal, para todos los actos relativos á la administracion de sus bienes parafernales, y para todos aquellos que se la hubiese reservado en el régimen de la comunidad, y en caso de separacion de bienes, ya sea por contrato de matrimonio ó por efecto de una sentencia judicial. Observemos por último que, si bien el marido puede dar ó negar la autorizacion, la mujer puede tambien reclamar contra esta negativa, y pedirla y obtenerla del tribunal (1). No entramos en más detalles, porque nos parece suficiente lo dicho para dar á conocer cuán grande es la diferencia entre estas diversas legislaciones.

Segun la ley italiana, los casos en que es necesaria la autorizacion del marido estan textualmente determinados. La mujer no puede, sin esta autorizacion, dar, enagenar inmuebles, gravarlos con hipotecas, contratar empréstitos, ceder ó recobrar capitales, dar caucion, ni transigir. No es necesario, como pretende el Código de Napoleon, que el consentimiento del marido haya sido dado para cada acto especial. La mujer puede estar autorizada por un instrumento público, para realizar todos estos actos ó solo algunos de aquellos para que se requiere la autorizacion marital. En cuanto á los actos judiciales, no puede la mujer casada comparecer en juicio para todas aquellas cosas que se necesita autorizacion del marido, sin haber sido autorizada por éste (2).

108. Establecemos pues, como principio general, que la ley nacional de los cónyuges debe arreglar los efectos civiles del matrimonio, el ejercicio del poder marital, y los derechos y los deberes recíprocos de los cónyuges y de los hijos. Sin embargo, todas las leyes destinadas á conservar la moralidad y la disciplina de la familia, y á determinar el ejercicio del poder doméstico, son aplicables tambien á los cónyuges extranjeros domiciliados ó residentes.

---

(1) Zacarías, Derecho francés, § 472.
(2) Código civil italiano, art. 134.

109. Para aplicar mejor nuestra teoría, examinemos, por ejemplo, la posicion de dos cónyuges extranjeros ante el Código civil italiano. En nuestro juicio, no hay duda que las disposiones contenidas en los arts. 130, 131, 132 y en el 138 y siguientes, obligan á todos los individuos residentes ó domiciliados en Italia, ya sean ciudadanos, ya extranjeros. Estos artículos dicen, que el matrimonio impone á los cónyuges la obligacion recíproca de fidelidad, de cohabitacion y de asistencia; que el marido es el jefe de la familia, y que está obligado á tener á su lado á su mujer y á suministrarle lo indispensable para subvenir á las necesidades de la vida, en proporcion á sus medios; que la mujer debe seguir al marido; que debe contribuir á su mantenimiento; que los cónyuges estan obligados á alimentar y educar á sus hijos; que los hijos deben suministrar los alimentos á sus ascendientes, etc., etcétera (1).

Nuestro legislador no ha querido con tales disposiciones, nada más que hacer civil y jurídicamente obligatorios ciertos deberes que se desprenden natural é inmediatamente del lazo mismo de la union. La observancia de estos deberes interesa la moralidad y la disciplina de las familias. El extranjero no puede, por tanto, considerarse dispensado de conformarse con

---

(1) Código civil italiano, art 130: «El matrimonio impone á los esposos la mútua obligacion de cohabitacion, de fidelidad y de asistencia.

Art. 131. El marido es el jefe de la familia: la mujer sigue su condicion civil, toma su nombre, y está obligada á seguirle á donde quiera que él estime oportuno fijar su residencia.

Art. 132. El marido debe proteger á su mujer, tenerla cerca de sí, y proporcionarle medios de cubrir las necesidades de la vida con arreglo á sus recursos. La mujer debe contribuir al mantenimiento del marido, si los recursos de éste son insuficientes.

Art. 138. El matrimonio impone á ambos esposos la obligacion de mantener, educar é instruir á sus hijos. Esta obligacion incumbe al padre y á la madre, en proporcion á sus recursos, teniendo en cuenta para la contribucion de la madre, los frutos de la dote. Si el padre y la madre no tienen medios suficientes, incumbe esta obligacion á los demás ascendientes, siguiendo el órden de su proximidad.

Art. 139. Los hijos están obligados á suministrar los alimentos á sus padres y á los demás ascendientes que los necesitaren.»

nuestra legislacion, porque debe respetar las leyes de policía y de órden público vigentes entre nosotros. Para obligar á su mujer á la cohabitacion, puede el marido extranjero dirigirse á nuestros tribunales, y estos deben emplear todos los medios de coaccion permitidos por nuestras leyes; y no pueden, bajo ningun pretexto, dispensar del deber de habitar con su marido á la mujer no separada. Asimismo, los extranjeros residentes en Italia estan obligados á dar á aquella los alimentos, cualesquiera que sean las leyes de su patria. Seria ofensivo, no solo para nuestras leyes, sino tambien para nuestra civilizacion y para el sentido moral de nuestro pueblo, que un hijo, pertenezca al país que quiera, puediera negar los alimentos á sus padres necesitados, ó un hermano á su hermana (1).

No puede decirse lo mismo respecto á la aplicacion de los artículos 134, 135, 136 y 137. Estos artículos determinan la condicion jurídica de la mujer casada, y le prohiben realizar en su nombre cualquier acto jurídico, sin autorizacion de su marido, así como tambien el comparecer en justicia: «La mujer no puede dar, enagenar inmuebles, gravarlos con hipotecas, contratar empréstitos, ceder ó recobrar capitales, dar caucion, transigir ni comparecer en juicio relativamente á estos actos, sin la autorizacion de su marido (2).» La autorizacion marital, que necesita la mujer con arreglo á nuestra ley, no sirve solo para sancionar su deber de obediencia, sino tambien para garantizar principalmente su patrimonio, que está destinado á subvenir á las necesidades de la familia. Por esto es por lo que el legislador exige la autorizacion del marido, que es el jefe de la sociedad conyugal y el guardian de todos los intereses que con esta se relacionan. Nuestros tribunales deberian por consiguiente aplicar estas disposiciones á la mujer italiana, no á la extranjera, cuya condicion jurídica deberá determinarse segun las leyes de su país.

110. Supongamos que una mujer, italiana de nacimiento

---

(1) En efecto, segun el *Código civil* italiano, «los hermanos y las hermanas tienen tambien derecho á los alimentos extrictamente necesarios, cuando por una enfermedad corporal ó mental, ó por cualquier otra causa que no pueda imputársoles, no pueden proporcionárselos por sí mismos (Art. 141).

(2) § 1, del art. 134.

y casada con un francés, se domicilia en Italia y tiene aquí parte de sus bienes. Aun cuando en el contrato de matrimonio, ó por un documento público, estuviese esta mujer autorizada por su marido para un acto cualquiera relativamente á dichos bienes, no podia, sin embargo, enagenarlos sin una autorizacion de su marido. En efecto, es verdad que nuestra ley dispone que el marido puede, por un documento público, dar á su mujer una autorizacion general para todos los actos para que se necesita la autorizacion marital (1); pero esta disposicion no es aplicable á los cónyuges franceses. La mujer italiana, al casarse con un francés, se hace francesa: su capacidad jurídica, sus relaciones con su marido, y por consiguiente la necesidad de la autorizacion, deben ser determinadas con arreglo á la ley francesa. El artículo 223 del Código de Napoleon se expresa en estos términos: «Toda autorizacion general, áun la estipulada por contrato de matrimonio, solo es válida en cuanto á la administracion de los bienes de la mujer.» Luego para cada acto y para cada contrato que no puede considerarse como un acto administrativo, se necesita una autorizacion especial, sin la cual, en la hipótesis propuesta, no puede enagenar la mujer.

111. Con estos principios pueden resolverse todas las cuestiones que surgen relativamente á las obligaciones de los cónyuges entre sí y con sus hijos, á las cuales se aplicará la ley de su país siempre que no esté en contradiccion con los principios de órden público del lugar en que se hallan domiciliados los esposos. Una hija de un austriaco puede, por consiguiente, obligar á su padre á constituirla un dote cuando no tenga bienes propios, con arreglo á las disposiciones del Código austriaco (art. 1.220), mientras que la hija de un italiano no tendría niguna accion relativamente á este punto (art. 147). La hija de un prusiano tendrá una accion contra su padre para obtener una renta, (Código prusiano, p. II, tít. II. artículo 132), mientras que no podría ejercitarla si fuese francesa (art. 204) ó italiano (art. 147).

112. ¿Qué resolveríamos si entre dos cónyuges extranjeros residentes en Italia surgiera la cuestion de cuál será la religion en que debian educar á sus hijos? Podrá suponerse que en el

(1) § 2 del art. 134.

contrato de matrimonio se haya reservado la mujer el derecho de educar á sus hijas en su religion, y dejamos á los jurisconsultos el cuidado de discutir si una cláusula semejante produciría un verdadero derecho, ó si debería considerarse más bien como una obligacion de honor (1). Supongamos, por el contrario, que semejante derecho se deriva de la ley nacional de los mismos cónyuges. Así, por ejemplo, el art. 139 del Código austriaco dispone que: «en caso de diferencia de religion entre los esposos, determinarán las leyes de policía la fé en que deben ser educados los hijos;» las cartas-patentes del 13 de Octubre de 1871 establecen que «cuando el marido sea católico serán educados los hijos en esta religion; pero si por el contrario solo la madre es la católica, las hijas seguirán la religion de la madre, y los hijos la del padre.» La misma disposicion se encuentra en el edicto constitucional relativo á la religion para Baviera.

Una extranjera no puede en Italia obligar á un marido á educar á sus hijas en la religion católica. En nuestro país está ámpliamente reconocida la libertad de conciencia, y no puede la autoridad civil intervenir para juzgar las creencias religiosas del marido ni de la mujer. Asimismo, creemos que, si un italiano quisiera residir en Austria y su mujer fuera católica, podría obligársele á educar á sus hijos en la religion de la madre, porque no podría dejar de observar las leyes de policía vigentes en Austria, si queria morar en este pais.

113. En circunstancias dadas, pueden los esposos ser dispensados de la obligacion de vivir juntos, obteniendo un acta judicial que autorice su separacion personal. Esta separacion no rompe el lazo del matrimonio, lo que hace únicamente es modificar la manera de vivir de los cónyuges, y, mientras que en general deja subsistir todos los efectos jurídicos que se derivan del matrimonio, estingue aquellos que son consecuencia de la vida comun. Dos cuestiones se presentan naturalmente respecto de los esposos que residen en territorio extranjero: 1.ª ¿Con arreglo á qué ley debe juzgarse si se puede ó no admitir la separacion personal? 2.ª ¿Qué ley debe regular los efectos que se derivan de la separacion?

---

(1) Troplong, *Matrimonio*, n. 61.

Para resolver la primera cuestion, considerando algunos autores que la separacion personal trae consigo un cambio de estado, dicen que debe aplicarse la ley del domicilio conyugal, porque la separacion se refiere más bien á la persona que á los bienes. Nosotros no aceptamos esta opinion como absoluta, y creemos oportuno hacer algunas distinciones (1).

114. Notemos primeramente que son muy diversas las disposiciones del derecho positivo, en materia de separacion. Algunos Estados no reconocen la separacion personal y solo permiten el divorcio; esto sucedia en Francia antes del Código de Napoleon, y esto sucede actualmente en Prusia, en donde el Código admite catorce causas de divorcio, pero no habla de la separacion. Otras legislaciones, tales como las leyes austriacas y holandesas, permiten la separacion y el divorcio; otras, en fin, permiten solo la primera y prohiben el segundo, como la que existe entre nosotros y en Francia desde la ley del 8 de Mayo de 1816. Las causas por que puede pedirse la separacion son diferentes en los diversos países. Así, por ejemplo, la ley italiana (art. 158) y la ley austriaca (artículo 103) permiten la separacion por mútuo consentimiento con la autorizacion del tribunal, mientras que el Código francés, que permitia el divorcio por consentimiento mútuo, prohibe la separacion personal fundada en esto (art. 307); así como el Código austriaco autoriza la separacion por enfermedades contagiosas ó inveteradas (art. 109), mientras que entre nosotros no seria esto motivo suficiente.

115. Admitimos como regla general que la separacion personal, como cambio de Estado, debe ser regulada por la ley nacional de los esposos. Sin embargo, si los hechos en que se apoya la demanda han tenido lugar en el país en que están domiciliados los cónyuges, puede el magistrado local apreciar si estos interesan las leyes de policía y de órden público, y puede autorizar la separacion. Así, por ejemplo, si el marido prusiano, domiciliado con su familia en Italia, quisiera cohabitar con su mujer y con una concubina, ó quisiera intimidar á aquella con amenazas, crueldades ó excesos de cualquier género, no permitidos por nuestra civilizacion, el ma-

---

(1) Rocco, parte 3.ª cap. 20.

gistrado italiano, que no puede pronunciar el divorcio, podrá autorizar la separacion para librar á la mujer de una penosa cohabitacion, que ofenderia las buenas costumbres y la moral pública. Cualquiera que sea, pues, la ley nacional de los cónyuges, no puede permitirse que en nuestro país sea ultrajada la dignidad de una mujer, por más que sea extranjera, como tampoco puede permitirse al señor encadenar su esclavo. Pero si, por el contrario, dos cónyuges italianos tuviesen su residencia ó su domicilio en Austria, no podria la mujer pedir al magistrado austriaco una sentencia de separacion por enfermedad inveterada de su marido, segun la disposicion del Código austriaco, porque nuestra ley italiana, á la que deben estar sometidos los cónyuges, no permite la separacion por semejante motivo, y porque el órden público no se altera en Austria porque se obligue á una mujer italiana á vivir con su marido enfermo.

116. En cuanto á los efectos de la separacion han creido muchos que deben regirse por la ley del país en donde se ha efectuado aquella. Si la mujer, dice Bouhier, se emancipa del poder marital en virtud de la ley por la cual se ha pronunciado la sentencia de separacion, esta misma debe determinar sus consecuencias jurídicas (1). Por el contrario, Poullain-Dupare dice que la ley que declara á la mujer capaz ó incapaz de contratar con ó sin autorizacion del marido, no es una ley pasajera, sino general, que vale para el presente y para el porvenir, y que mientras dure la union conyugal no puede cambiarse en modo alguno. Si la ley que regula los efectos que resultan del lazo conyugal declara á la mujer incapaz, ya esté reunida con su marido ó separada de él, significa esto que el legislador ha querido pronunciar la incapacidad en cualquier condicion que la mujer se encuentre. Esta ley no puede, pues, invalidarse por un cambio de domicilio (2). En esta opinion hacemos nosotros una distincion. La mujer separada continúa considerándose y siendo realmente casada. Si, pues, el matrimonio dura, el poder marital debe conservar todos los atributos, en cuanto estos sean conciliables con la separacion (3). Como aplicacion de nuestro principio,

---

(1) *Coutume de Bourgogne*, cap. 22, n. 16.
(2) *Principios de Derecho francés*, t. VIII, p. 258.
(3) Demolombe, *Del matrimonio*, t. II, n. 119.

consignamos que, si se presentare en Italia una separacion personal de dos cónyuges franceses ocasionada por faltas del marido, no podria prevalerse la mujer del art. 135, núm. 2 de nuestro Código civil, para sustraerse á la autorizacion marital (1). Aquella continuaria, en efecto, siendo casada y francesa, y, en cuanto á la capacidad, deberia someterse á la legislacion de su país, que dispone (art. 311) que la separacion personal lleva siempre consigo la separacion de los bienes; pero que (art. 217) la mujer separada en esta forma necesita siempre estar autorizada (2). Por la misma razon, conservarán los cónyuges el derecho de sucesion que establece la ley de su país sobre la herencia mútua, y todas las ventajas que pueden derivarse del contrato del matrimonio ó de la ley misma. En una palabra, todos los efectos jurídicos de la separacion personal, ya respecto á los derechos de los cónyuges sobre sus bienes, ya respecto de la distribucion de estos mismos bienes, segun que estén casados bajo el régimen de la comunidad ó bajo el régimen dotal, deben ser arreglados por la ley de su patria.

Solo para ciertos efectos admitimos la aplicacion de la ley del lugar en donde se ha celebrado el juicio. Así, por ejemplo, aunque la separacion personal no altera la patria potestad, ni quita los derechos que confiere á los cónyuges sobre la persona y los bienes del hijo, el tribunal que haya autorizado la separacion, podrá, sin embargo, modificar en interés de los hijos el ejercicio de la patria potestad: por ejemplo, en el caso en que la mujer hubiera formulado la accion contra el marido, y los hechos enunciados en la demanda de separacion demostrarán la necesidad de privar al padre de la custodia

---

(1) Código civil italiano, art. 135. «No es necesaria la autorizacion del marido... 2.° Si la mujer está legalmente separada por falta cometida por éste...»

(2) Código civil françés, art. 311: «La separacion corporal llevará siempre consigo la separacion de bienes.»

Art. 217. La mujer, aunque se halle separada del marido, no puede dar, enagenar, hipotecar ni adquirir á título gratuito ú oneróso, sin el concurso del marido, ó sin su consentimiento por escrito. (*N. de P. F.*)

de sus hijos. Asimismo, si la ley del lugar en donde se ha pronunciado el fallo castiga el adulterio de la esposa, el ministerio público debe pedir que se condene á la mujer y que sufra su condena hasta que el marido no haga que cesen sus efectos con arreglo á las disposiciones de la ley del país.

# CAPITULO VIII.

## DEL DIVORCIO.

117. Conflictos de las legislaciones en materia de divorcio.—118. Disposiciones del derecho positivo relativamente á las causas que pueden legitimar el divorcio.—119. Cuestiones que pueden suscitarse.—120. Opinion de Rocco.—121. Su crítica.—122. No pueden aplicarse al matrimonio los mismos principios porque se rigen los demás contratos.—123. Doctrina de Merlin.—124. Doctrina del Tribunal Supremo de Massachussets.—125. Verdadera situacion del asunto.—126. Opinion de Schæffner.—127. Jurisprudencia francesa.—128. Jurisprudencia escocesa.—129. Jurisprudencia inglesa.—130. Jurisprudencia americana.—131. Nuestra opinion.—132. Divorcio de un naturalizado.—133. Segundo matrimonio del divorciado en una nacion que no admite el divorcio.—134. Nuestra opinion.

117. Son distintas las disposiciones del derecho positivo relativamente á la indisolubilidad del lazo conyugal. Sancionando algunas legislaciones la doctrina de la Iglesia «*quos Deus conjunxit homo non separet,*» consideran la muerte del cónyuge como el único medio legítimo para la disolucion del matrimonio; mientras que otras legislaciones, fundándose en las Santas Escrituras, que permiten repudiar á la mujer adúltera, autorizan el divorcio. No pretendemos discutir si el divorcio es moralmente lícito ó ilícito, ni si, civilmente, es útil,

para no salirnos del círculo de nuestras investigaciones (1). Nos basta con hacer constar que hay leyes que lo permiten y otras que lo rechazan, y que los conflictos de las legislaciones son posibles, tanto más cuanto que las mismas leyes de los Estados que lo autorizan son notablemente distintas, sea por razon de las causas por las cuales puede solicitarse, sea por razon del magistrado competente que entienda en el asunto.

118. El Código prusiano reconoce catorce motivos de di-divorcio: 1.° por el adulterio de uno de los dos esposos sin distincion; la mujer, sin embargo, no puede oponer á la demanda de divorcio formulada contra ella por adulterio, el adulterio del marido.—2.° Por sospecha legítima de adulterio.—3.° Por abandono de uno de los esposos, *malo animo*.—4.° Por vicios contra la naturaleza.—5.° Por negarse la mujer á seguir al marido á su nuevo domicilio.—6.° ¡Por obstinada negativa á llenar los deberes conyugales.—7.° Por impotencia.—8.° Por demencia, cuando dura más de un año y no hay esperanzas de curacion.—9.° Por excesos, sevicia é injurias graves, teniendo en consideracion el rango social de los esposos.—10. Por sentencia de uno de estos á una pena infamante.—11. Por disipacion y prodigalidad.—12. Por negarse el marido á dar alimentos á la mujer.—13. Cuando uno de los esposos cambia de religion.—14. Por mútuo consentimiento cuando no hay hijos y aún habiéndolos, en ciertos casos (2).

El Código francés, que está todavía en vigor en la isla Mauricio y en el bajo Canadá, permite el divorcio: por el adulterio de la mujer ó del marido, cuando este tiene su concubina en el hogar doméstico; por excesos, sevicia é injurias graves; por sentencia de uno de los esposos á una pena infamante; por mútuo y perseverante consentimiento de los esposos, manifestado en la forma prescrita por la ley; cuando los esposos prueban suficientemente que la vida en comun les es

---

(1) Véanse: De Bonald, *Del divorcio*; Fergussan, *On mariage and divorce*; *Exposicion de motivos sobre el título* 6.°, l. I. C. de Nap, por M. Treilhard; Dalloz, V. *Separacion y divorcio*.

Véase tambien la erudita obra del Sr. Sanchez Toca titulada *El Divorcio*.

(2) Código prusiano, 2.ª parte, tít. 1, sec. 8.ª, art. 668 y sig.; Anthoine de Saint Joseph, *Concordancias*.

insoportable y que existe para ellos un motivo perentorio de divorcio; cuando obtenida la separacion de cuerpo, por cualquiera otra causa que la de adulterio de la mujer, haya durado aquella tres años, y el esposo originariamente demandado haya pedido el divorcio al tribunal, y el demandante primitivo no hubiese consentido inmediatamente á poner término á la separacion (1).

El Código austriaco autoriza el divorcio entre los esposos no católicos, cuando uno de ellos es acusado de adulterio ó ha sido sentenciado á prision por cinco años; por abandono; por sevicia y por excesos; por invencible aversion: en este caso, sin embargo, debe ordenarse antes la separacion personal. Un esposo no católico puede pedir el divorcio por estos mismos motivos, aun cuando el otro se hubiese hecho católico despues del matrimonio (2).

El Código holandés consiente el divorcio por adulterio, abandono y desercion maliciosa; por excesos, sevicia é injurias graves de uno de los esposos dirigidas al otro; por sentencia de uno de los esposos á una pena infamante. Prohibe el divorcio por consentimiento mútuo; á pesar de esto, cada uno de los cónyuges separado desde hace cinco años, puede reclamar una sentencia de divorcio (3).

En Escocia, puede pedirse el divorcio por adulterio y por abandono culpable (*nonadhérence*). Por sevicia ó injurias graves (*maltreatment*), puede obtenerse solamente la separacion *á mensá et thoro* (4).

En Inglaterra puede disolverse el matrimonio por adulterio, sodomía y sevicia; no obstante, desde el *Foljamb'es case* se ha resuelto que ningun magistrado del órden judicial pueda pronunciar un divorcio *á vinculo matrimonii*, y en todos los casos se exije un estatuto especial del poder legislativo, el cual no se concede generalmente sin que se haya obtenido el divorcio *á mensá el thoro* (5). Por el contrario, en Escocia se obtiene el divorcio por la *Court of session*, lo que

(1) Código francés, tít. VI, cap. 1.°, artículos 229, 233 y 310.
(2) Código austriaco, art. 115 y sig.
(3) Código holandés, t. VI, art. 255 y 261.
(4) Decretos de 1563.
(5) Westoby, *Legislacion inglesa*, cap. VIII; Blackstone, *Coment*. I, 440 y 441; Burge, *Coment*. I, 665.

constituye una notable diferencia en la legislacion del Reino Unido de la Gran Bretaña. En las colonias inglesas de las Indias occidentales, los tribunales no pueden conceder el divorcio; la madre patria reserva este derecho á sus Cuerpos legislativos.

Las mismas diferencias hallamos en América relativamente á los motivos de divorcio y á la competencia de los magistrados. En algunos paises el Poder legislativo es el único competente para conceder el divorcio, como, por ejemplo, en el Delaware, en el Maryland, en la Carolina del Sur, en la Virginia, en el Tenesseo, en el Missouri, en la Georgia, en el Mississipí y en la Luisiania. Por el contrario, en el Estado de Massachussets, en Nueva-York, en Nueva-Hampshir, en el Connecticut y en Nueva-Brunkwich, el Poder judicial ó el Tribunal de Cancillería son competentes para destruir los lazos del matrimonio (1).

119. Ante una variedad tan grande de legislaciones en materia de divorcio, pueden suscitarse importantes y múltiples cuestiones.

¿Dos conyuges, casados bajo una misma ley que no permite el divorcio, pueden divorciarse en un nacion en que aquel está permitido? ¿En virtud de qué ley debe decidirse si una demanda de divorcio está ó no permitida? ¿Qué efectos producirá una sentencia de un tribunal extranjero en la patria de los contrayentes, en un Estado extraño? ¿El hombre y la mujer legalmente divorciados, segun las leyes de su patria, pueden volver á casarse en una nacion que no reconoce el divorcio? ¿Una sentencia de divorcio dictada por el magistrado judicial extranjero, será valedera en un pais que exije la intervencion del Poder legislativo para destruir los lazos de un matrimonio?

La solucion de estas cuestiones, que envuelven otras muchas secundarias, es grave y difícil por el asunto en sí y por las consecuencias que se desprenden segun se hayan resuelto de un modo ó de otro.

120. Al tratar el jurisconsulto Rocco la cuestion de si los lazos del matrimonio pueden romperse por el divorcio, exami-

---

(1) Schæffner, *Derecho internacional privado*; § 120 y 121.

na si la ley que le concierne cambia la capacidad personal de los cónyuges más bien que un derecho adquirido por ellos. «Es cierto, dice, que el decidir si dos esposos pueden divorciarse es asunto que concierne más bien á la persona que á los bienes, *persona magis quam res respicitur*; es tambien cierto, que del mismo modo que, en la separacion personal, los efectos reales son una continuacion y un apéndice necesario del estado personal; pero el divorcio no cambia solamente la condicion y la capacidad de los cónyuges, sino tambien su cualidad, puesto que los reduce al estado de solteros y resuelve el contrato nupcial, una vez legalmente establecido. No puede negarse que al estipular los esposos hayan querido reconocer el principio que su capacidad para divorciarse sería regida por la ley del domicilio conyugal, el cual se halla expuesto á cambiar de residencia, y por consiguiente, la facultad de deliberar sobre la disolucion debe pertenecer á la ley que ha regido *ab initio* en la formacion del matrimonio. No se puede de ningun modo sostener que todo lo concerniente á la validez y legitimidad de un convenio debe estar ajustado á una ley, y que todo lo referente á la rescision ó anulacion del mismo convenio debe ajustarse á otra ley. Son estas dos cosas correlativas, y del mismo modo que no puede decidirse si un contrato es ó no válido sin tener en cuenta la ley bajo la cual se ha estipulado, tampoco puede decidirse si es posible ó no la disolucion del matrimonio, sin consultar antes la ley á cuyo amparo los cónyuges se han obligado recíprocamente á la union conyugal. En una palabra, el marido, por el cambio de domicilio, puede tener la facultad de modificar la capacidad de la mujer, pero no la puede despojar de los derechos legítimamente adquiridos, siendo seguramente el primero de estos el no consentir que se disuelva, por el criterio de las leyes extranjeras, el lazo que en el reino era indisoluble desde su orígen (1).» Distinguidos jurisconsultos ingleses opinan del mismo modo (2).

---

(1) **Rocco, 3.ª parte, cap. XX.**

(2) **Fergussan, *On mariage and divorce*, p. 283 y sig.; Kent. *Coment*. leccion 27.**

121. El razonamiento de Rocco está perfectamente fundado, y lo hemos reproducido íntegro para que no perdiese su fuerza; sin embargo, aunque compartimos en cierto modo su opinion, no podemos admitir como principio general que todo debe depender de la ley que ha originado el matrimonio.

Nadie intentará sostener que dos extranjeros domiciliados en Italia puedan divorciarse ante nuestros magistrados, cuando haya ocurrido un hecho suficiente para ello segun la ley de su país, y áun cuando hubiesen contraido matrimonio en él con la facultad de anularle. El divorcio es considerado en Italia como contrario al derecho público matrimonial, y ninguna ley extranjera puede derogar los principios de órden público sancionados por nuestro legislador.

Debemos añadir tambien, que dos individuos que hubiesen contraido matrimonio en una nacion en donde la ley autorizase el divorcio por motivos poco ménos que fútiles, como sucede en Prusia, y que estableciesen su domicilio en un país en que las leyes autorizasen tambien el divorcio, pero solamente por el adulterio de la mujer, no podrian formular una demanda de divorcio por un motivo que sólo seria válido segun la ley de su país. Admitimos, por último, que cuando se quiera hacer cumplir en un Estado, que no permite el divorcio, una sentencia dictada por un tribunal competente, los jueces de ese Estado podrán, fundadamente, negarse á su cumplimiento.

Así, por ejemplo, si una mujer italiana se hubiese casado con un suizo, y el marido hubiera obtenido legalmente una sentencia de divorcio en su patria, y quisiera hacerla cumplir en Italia para arreglar sus intereses con la mujer, los tribunales italianos podrian negarse á ello, porque la sentencia seria contraria á las máximas de derecho público admitidas en esta nacion (1).

---

(1) La Audiencia Angers ha acordado con fecha 4 de Julio de 1866, que los tribunales franceses, ante quienes se solicite que se cumplan en Francia los sentencias que recaigan en país extranjero, entre extranjeros, deberán examinar si las sentencias respetan los principios del derecho de gentes y del derecho público, así como las reglas de órden y de moralidad reconocidas por la legislacion y la moral... (Véase á Dalloz, P. 1866, II, p. 157, proceso Forster). Las sentencias dictadas por

122. La solucion de la segunda parte de la cuestion no es ya tan fácil; es decir, la de saber si, para entender en una demanda de divorcio entre dos cónyuges domiciliados en un punto en que está permitido el divorcio, debe aplicarse la ley del lugar en que se ha entablado la demanda, ó la del lugar en que se ha celebrado el matrimonio. Si los mismos principios que establecen la validez y la nulidad de los contratos pudiesen aplicarse á la disolucion del matrimonio, y si se pudiera demostrar de una manera patente que, por el convenio matrimonial, las partes contratantes adquieren un verdadero derecho á divorciarse ó á permanecer indisolublemente unidas, podría decirse con razon que la ley del lugar en que se ventila el proceso no puede cambiar el derecho que han adquirido las partes, segun la ley del contrato; que el magistrado no crea el derecho, sino que lo reconoce, lo declara y lo garantiza, y que, por consiguiente, no debe aplicar ninguna otra ley que aquella bajo la cual ha nacido ese mismo derecho; pero esto es lo que niegan principalmente los que sostienen la opinion contraria: es decir, que el divorcio y la indisolubilidad sean un derecho privado de las partes. Consideran el divorcio como un remedio de interés público sancionado por la autoridad para conservar las costumbres y la moral de las familias, y opinan que las dispociciones que le conciernen son aplicables á todos los domiciliados, sin tener en cuenta la ley bajo la cual se ha contraido el matrimonio.

123. Que el divorcio no debe ser considerado como un derecho exclusivo, lo admitimos con Merlin, quien discute una cuestion que tiene mucha analogía con la que nosotros tratamos, cual es la de saber si, en virtud de una nueva ley que introdujera el divorcio, podria disolverse un matrimonio contraido bajo una ley que lo prohibiese, ó si, por el contra-

---

**los tribunales suizos, que en virtud del tratado de 18 de Julio de 1828 puede exigirse su cumplimiento en Francia, pero sólo en el caso de que no contengan nada en contra de las máximas del derecho público francés y de nuestras leyes de interés general. Por lo tanto, ese tratado de 1828, no puede aplicarse á las sentencias suizas que recaen sobre el divorcio entre un suizo y su mujer, francesa de orígen; esas sentencias no podrian cumplimentarse en Francia ni aún siquiera en la parte relativa solamente á las costas. (Audiencia de París 20 de Noviembre de 1848, proceso Courvoicier; Dalloz, P. 1849, II, p. 239).**

**(*Nota de P. F.*)**

rio, un matrimonio contraido bajo una ley que permitiese el divorcio podria ser disuelto en virtud de la nueva ley que lo prohibiera. A estas dos preguntas responde del siguiente modo: si el divorcio fuese, como el estado de los esposos, la consecuencia y el efecto inmediato del matrimonio, no podria depender de ninguna otra ley que de la que estaba en vigor en el momento en que se efectuó éste; por consiguiente, en el primer caso, el cónyuge tendria razon para oponerse á ello, pues al casarse ha creido estipular una union indisoluble, así como en el segundo podria pedir el divorcio, porque ha sido en el supuesto de que contraia una union que estaba en su mano poder disolver cualquier dia, y en uno y otro caso el juez deberia estimar la fuerza del lazo segun la ley en vigor en el momento del contrato, pero no es como consecuencia ni como interpretacion de la intencion con que se ha celebrado el matrimonio, como puede ser permitido ó prohibido el divorcio. El legislador, al permitirlo ó al prohibirlo, considera, no lo que los esposos han querido establecer al unirse, sino las razones de interés público que le imponen imperiosamente conceder la facultad ó formular la prohibicion, segun la respectiva conducta de los esposos. Tan cierto es esto, como que dos esposos casados bajo una ley que prohibiese el divorcio, no podrian reservarse la facultad de divorciarse, del mismo modo que dos esposos casados bajo una ley que permitiese el divorcio, renunciarian en vano á la facultad de divorciarse, porque en ambas hipótesis se aplicaria la máxima sancionada por el artículo 6.° del Código civil, que no se puede, por conveniencias particulares, derogar las leyes que interesan al órden público y á las buenas costumbres (1).

124. Segun refiere Westlake, la doctrina aceptada por el Tribunal Supremo del Massachussets, está fundada en los mismos principios; las disposiciones que se refieren al divorcio—dice el Tribunal Supremo—pertenecen más bien al Derecho penal que al civil, y las reglas aplicables al convenio de las partes contratantes no pueden servir del mismo modo para determinar la relaciones personales y los deberes mú-

---

(1) Merlin, *Repert. Efecto retroactivo*, sec. 3.ª, art. 14, *cuestion de derecho*, en la palabra *divorcio*, § 12.

tuos que emanan de ese contrato, así como la conducta que deben guardar los cónyuges durante la vida conyugal: todas esas cosas están reguladas por principios de órden público y de economía general, y por la necesidad de conservar las buenas costumbres y de contribuir á la felicidad de los mismos esposos. Un divorcio, por ejemplo, en el caso de un escándalo público y de una infamia, no es la reclamacion de un derecho que deriva del contrato de matrimonio, ni la sancion del mismo, sino una especie de pena, que ha puesto la sociedad en manos de la parte agraviada y que puede promulgarse con la sancion del tribunal competente, como reparacion de la injuría y de la ofensa recibidas. Si uno de los cónyuges ha faltado á sus propios deberes, la continuacion de la union conyugal es intolerable y vejatoria para la parte inocente y de mal ejemplo para los demás. Por lo tanto, la ley que debe determinar la conducta de las personas casadas, sus deberes, las consecuencias que se originan de la violacion de éstos y los casos en que sus relaciones pueden ser anuladas, no es la del lugar en que se ha celebrado el contrato matrimonial, sino la del lugar en que se hallan domiciliados los cónyuges, por cuya ley son protegidos en los derechos que emanan de la union conyugal y en virtud de la cual deben ser juzgados por la violacion de esos mismos derechos (1).

125. Discutiendo la cuestion del divorcio bajo este punto de vista, falta absolutamente la base del razonamiento de Rocco y de los que quieren dar la preferencia á la ley que regula *ab initio* el matrimonio, por la razon de que el divorcio ó la indisolubilidad, debe considerarse como un derecho de las partes. Haciéndonos, pues, cargo de las objeciones de nuestros adversarios, formularemos la cuestion del siguiente modo; admitiendo que la ley relativa al divorcio está fundada en los principios de órden público, ¿la aplicacion de esta misma ley, para declarar disuelto un matrimonio contraido fuera é indisoluble, es tambien una cuestion de órden público, de tal suerte que se deba aplicar la *lex fori*?

(1) *Justice in Barber*, V. Root 10; Mass., 265, citado por Westlake, número 351, y por Story, § 229.

126. Schæffner se expresa del siguiente modo: «No puede ponerse en duda que el juez que entiende en una causa de disolucion de matrimonio debe tener en cuenta únicamente la ley que rige en su patria, su *jus publicum*, para resolver en general si un matrimonio puede ser disuelto y por qué causas puede tener lugar..... Si en el punto en que se ha celebrado el matrimonio bastasen causas más sencillas que las exigidas por el derecho de su patria, no podría respetar esa ley, del mismo modo que, si, segun ella, no pudiese disolverse el matrimonio, tampoco tendría ningun peso para él, puesto que, como la prohibicion, la obligacion es para él absoluta (1).

127. En la jurisprudencia francesa hallamos una causa célebre, discutida dos veces en casacion, del tiempo en que estaba en vigor el título del Código de Napoleon sobre el divorcio. Madama de la Tour, francesa, casada con Mr. Mac-Mahon, irlandés, obtuvo un fallo de divorcio fundado en la ausencia no justificada de su marido. Al regresar éste á su casa con el grado de teniente coronel inglés, apeló contra la sentencia porque era extranjero y no tenia nada que ver con las leyes de Francia. La Audiencia de Orleans (11 termidor del año XIII) resolvió de este modo: «Considerando que en la época del matrimonio lo mismo que en la del divorcio, monsiur Mac-Mahon era extranjero; que ninguna estipulacion ha podido sustraerle á la ley de su patria y someterle á la ley francesa, el divorcio obtenido conforme á las leyes francesas es nulo y no tiene efecto alguno, etc.»

El Tribunal de Casacion, por el contrario, reunido en secciones el 22 de Mayo de 1806, y despues de haber oido el ilustrado informe de Merlin, dictó esta sentencia: «Considerando que Mac-Mahon no puede sustraerse á la aplicacion de la ley francesa, bajo pretexto de que es extranjero, porque penetrándose de las consideraciones políticas así como morales que han dictado esta ley, es imposible dejar de reconocer una disposicion de órden público, como lo prueba la opinion del Consejo de Estado, que, bajo este aspecto, debe ser considerada como una verdadera ley de policía general que somete á

(1) Schæffner, *Derecho privado internacional.*

su autoridad, á todos los individuos indistintamente, ya sean franceses, ya extranjeros residentes en el territorio francés, y que se aplica, por consiguiente, á todos los divorcios obtenidos segun el Código civil en toda la extension del territorio; por estos motivos el tribunal casa y anula la sentencia de la Audiencia de Orleans, y remite á las partes ante la Audiencia de Dijon.» Esta, por sentencia de 27 de Agosto de 1808, confirmó el divorcio.

128. Segun la jurisprudencia escocesa, bajo cualquiera ley que se haya celebrado el matrimonio, puede ser legalmente disuelto en Escocia, conforme á la ley que está en vigor, con tal de que las partes estén bajo la jurisdiccion del tribunal escocés. Para legitimar la jurisdiccion, no es necesario que las dos partes tengan su domicilio en Escocia en el momento en que se ha cometido el adulterio, y en cuanto el ofendido entabla la accion; basta con que el delincuente esté domiciliado en el reino y con que pueda ser llamado á comparecer. Cumplido este requisito, puede pronunciarse el divorcio, aunque el adulterio se haya cometido en el extranjero. Se exije solamente que el domicilio sea *bonâ fide* y no simulado, con el solo objeto de presentar la demanda y obtener el divorcio (1). Por consiguiente, los tribunales escoceses dictan sentencias de divorcio, no solo cuando se trata de matrimonios celebrados entre escoceses en Inglaterra, sino tambien de matrimonios entre ingleses que residen en Escocia, y que pueden hallarse sujetos á la jurisdiccion de sus tribunales (2).

Esta jurisprudencia, en abierta contradiccion con la admitida por los tribunales ingleses, la defienden con varias razones los magistrados y los juristas escoceses. Dicen, que si bien la relacion conyugal debe ser considerada *jure gentium*, sin embargo, la ley escocesa que determina los deberes, las obligaciones y la reparacion debida por los disgustos que pueden ocurrir durante el matrimonio, comprende á todas las personas casadas que, residiendo en territorio escocés, están sujetas á dicha ley. Los jueces escoceses deben pro-

---

(1) Story, *Conflict of Law*, § 205 y 221.
(2) Story, § 216 y 217.

teger los derechos que emanan de la relacion conyugal, y deben castigar los ataques dirigidos á los mismos, como castigan otro cualquier delito cometido en el territorio. No pueden tener en cuenta la ley bajo cuyo imperio se ha celebrado el matrimonio. Al casarse los cónyuges se obligan á tratarse en todas partes como marido y mujer, pero no prometen ni pueden prometer hacer que prevalezca en todas partes la ley bajo la cual se obligan para que se rijan por ella sus deberes, su autoridad y las indemnizaciones á que pueden tener derecho, en el caso de ofensa recíproca ó de abuso de autoridad. No es una razon suficiente, para el divorcio de un católico romano, que su matrimonio sea un sacramento, y por su naturaleza indisoluble. Este es un hecho privado que no puede impedir la aplicacion uniforme del derecho público, el cual ajusta todas las relaciones de los individuos á las conveniencias políticas y á la moralidad pública, de tal suerte que no puede renunciarse á ese derecho, como tampoco á las ventajas que se derivan del derecho privado. La supuesta obligacion de indisolubilidad no puede tener ningun valor, ni por la voluntad de las partes, ni en virtud de la ley bajo la cual ha nacido la union conyugal. Lo que se deriva de la voluntad de las partes debe reconocerse por donde quiera, pero no debe confundirse lo que es efecto de la voluntad de aquellas con lo que no se deriva de la estipulacion, sino que es efecto de una institucion de derecho positivo, que no puede valer fuera del territorio, segun la conocida máxima: *extra territorium jus dicenti impune non paretur*. Hé aquí las principales razones que tienen doctos magistrados escoceses para defender la doctrina aceptada por los tribunales de Escocia, en materia de divorcio (1).

129. En la jurisprudencia inglesa prevalece el principio de que un matrimonio celebrado en Inglaterra no puede ser disuelto sino en virtud de un acuerdo del Parlamento. La discusión más importante acerca de este punto, tuvo lugar con motivo del pleito de Lolley. Casóse este en Inglaterra, donde estaba domiciliado; trasladóse luego á Escocia y obtuvo allí una sentencia de divorcio. Viviendo su primera mujer, se casó por segunda vez, y cuando regresó á Inglaterra se sus-

(1) Fergussan, *On mariage and divorce*, p. 359 y siguientes.

citó la cuestion de si habia ó no bigamia. Los doce jueces ingleses sostuvieron contra el Tribunal Consistorial de Escocia que, para disolver un matrimonio celebrado en Inglaterra, era necesario un acuerdo del Parlamento. A pesar de esto, Lord Brougham demostró, en un ilustrado informe, que un divorcio obtenido por un tribunal competente entre ingleses domiciliados en el extranjero, debe ser considerado como suficiente para disolver el matrimonio y conferir á las partes todos los derechos que emanan de una disolucion valedera.

130. En América prevaleció el principio de que la ley del domicilio de los cónyuges es la que debe decidir si el divorcio puede ser autorizado ó no. Segun los estatutos del Massachussets, con tal que las partes vivan en una nacion como marido y mujer, y que la causa en que se funde la demanda de divorcio haya existido, puede éste tener lugar con arreglo á las leyes vigentes en esa nacion (1). Las decisiones del Tribunal Supremo del Massachussets están conformes con este principio. Dos indivíduos casados en dicho Estado y domiciliados, *bonâ fide*, en el de Vermont, obtuvieron del tribunal de este Estado una sentencia de divorcio por un motivo insuficiente, segun la ley del Massachussets. El Tribunal Supremo confirmó la sentencia, fundado en que el divorcio debe regirse por la ley del domicilio actual de los cónyuges (2).

Las decisiones de los tribunales de Nueva-York están conformes con las del Massachussets, y segun lo que refiere el jurisconsulto americano Story (3), la doctrina generalmente aceptada en América es que los tribunales del lugar en que los cónyuges están domiciliados *bonâ fide*, son competentes para pronunciar una sentencia de divorcio, conformándose á su ley y sin tener en cuenta aquella bajo cuyo imperio se ha celebrado el matrimonio, ni la del lugar en que se produjo la ofensa por la que se intenta la accion del divorcio.

Las principales razones que se alegan en apoyo de esta doctrina son que la ley del lugar en que se ha celebrado el matrimonio, determina las obligaciones primitivas que emanan de la union, pero no la disolubilidad ó la indisolubilidad del contrato, cualquiera que sea el lugar en donde se haya

---

(1) *Estatutos del Massachussets*, 1838, cap. LXXVI, § 9 y 10.
(2) Barber, V. Root, núm. 10; Mass. R., 265; Story, § 229.
(3) § 230.

efectuado. Así como al declarar el matrimonio disoluble no puede imponerse á los demás Estados que reconozcan la disolubilidad, del mismo modo al declararle indisoluble, no puede valer esto sino en cuanto las partes se someten á la ley que establece la indisolubilidad. Es cierto que el cambio de domicilio es una de las cosas que pueden prever las partes contratantes y cuyos riesgos se aviene á correr la mujer. Deberá, pues, ser la ley municipal la que determine el cambio de domicilio y todas sus consecuencias; pero una vez verificado el cambio, la que debe regir las violaciones del contrato matrimonial es la nueva ley.

131. A pesar de una uniformidad tan grande de jurisprudencia, no podemos aceptar esta doctrina, por más que la defiendan con tanto calor los magistrados y los jurisconsultos de las naciones en que el divorcio se halla autorizado. Si se quisiese realmente erigir en teoría la regla de que una sentencia de divorcio *á vinculo* puede ser pronunciada teniendo en cuenta la *lex fori*, y que la competencia de los tribunales pudiera ser justificada, cuando las partes están sometidas á su jurisdiccion de modo que puedan ser legalmente llamadas á comparecer, ¿cuán peligrosas no serian sus consecuencias? Podríase decir con razon que la doctrina de los tribunales escoceses es una especie de invitacion á todas las personas casadas que quieran verse libres, para fijar, aunque sea temporalmente, su domicilio en Escocia, con el fin de romper un lazo indisoluble por su naturaleza y en virtud de las leyes de su nacion; y si se considera además que, segun la jurisprudencia de alguno de esos Estados, no es ni aún siquiera necesario que el hecho sobre el cual se funda la demanda haya acontecido en el lugar en que se intenta la accion, como por ejemplo, en Georgia, y que segun ciertas leyes puede pedirse el divorcio por motivos frívolos ó cuando menos de poquísima importancia, como sucede en Prusia, se comprenderá mejor, cómo la teoría que combatimos destruye todas las relaciones entre los ciudadanos y su propia ley, y los principios que rigen la más santa de las instituciones, la de la familia.

No queremos discutir sobre la moralidad ó inmoralidad del divorcio, y estamos conformes con que, en los Estados en que se halla permitido, debe considerársele como autorizado por motivos de policía general, de moralidad y de órden pú-

blico. No tenemos intencion de sostener que la disolubilidad ó indisolubilidad sea un derecho de las partes, ni que le *lex loci contractûs* deba determinar en todas partes las obligaciones y los derechos que se derivan de la union conyugal; por el contrario, somos de opinion que las leyes aplicables á los contratos no pueden aplicarse siempre al matrimonio, que es un contrato *sui generis*; pero, en las profundas investigaciones de nuestros adversarios, no hemos encontrado la razon por la que debe considerarse como necesario para el órden público y la policía general de un Estado, el hecho de decretar el divorcio *á vinculo* entre extranjeros, declarándolos libres y autorizándolos á contraer nuevo matrimonio.

Hemos demostrado que la ley que debe regir el matrimonio, las relaciones de familia, las obligaciones de sus indivíduos y todas las consecuencias jurídicas que se derivan de la union conyugal, son las de la nacion á que pertenece el marido, por la sencilla razon de que todos los individuos de la familia siguen la condicion de su jefe y están bajo la proteccion de la misma ley nacional. Cuando una familia italiana, por ejemplo, va á establecerse temporalmente en Prusia, se halla sometida á las leyes de policía de esa nacion; la autoridad local puede indudablemente, en circunstancias dadas, tomar todas las medidas necesarias para la defensa del órden público, y ante la demanda de uno de los cónyuges, puede ordenar su separacion para impedir el escándalo y el mal ejemplo; pero ¿puede igualmente creerse autorizada para pronunciar la disolucion del lazo matrimonial y declarar á los cónyuges libres para volverse á casar en Prusia? Creemos que no debe admitirse esto en manera alguna, porque llevando consigo el divorcio *á vinculo* la restitucion de la libertad en beneficio de las personas anteriormente casadas, produce un cambio de estado muy grande. De todas las razones alegadas ya por nosotros para probar que el estado de las personas debe ser regido, cualquiera que sea el lugar, por la ley nacional (1), resulta que es solamente en virtud de esta ley como debe decidirse de la posibilidad de tan importante cambio de estado. Admitimos, por consiguiente, que dos cónyuges italianos

---

(1) **Véase el cap. I de este libro.**

puedan obtener su separacion en Prusia por medidas de policía; pero no pueden de casados que estaban, verse libres, como no sea por el fallecimiento de uno de ellos, segun la disposicion de nuestras leyes.

132. Otra cuestion importante surge en materia de divorcio, cual es la de saber: 1.° Si un individuo, al hacerse naturalizar en una nacion en que está permitido divorciarse puede eficazmente obtener una sentencia que le autorice á esto; y 2.° Si la demanda puede fundarse sobre un hecho anterior á la naturalizacion.

En cuanto al primer punto, tenemos que hacer algunas distinciones. Habiendo demostrado que la naturalizacion del marido no trae consigo necesariamente la de la mujer, se desprende que si solo el marido habia obtenido la naturalizacion, y si la mujer habia conservado su nacionalidad primitiva, no podría conseguirse el divorcio. Así como para casarse los dos cónyuges deben tener la capacidad necesaria segun sus leyes respectivas, lo propio debe suceder para divorciarse. Si la ley de la nacion primitiva de los cónyuges no permite el divorcio, el marido, haciéndose naturalizar y sometiéndose á la ley de la nueva patria electiva, no puede cambiar la capacidad de la mujer, si ésta no se halla tambien naturalizada. Esto confirma los inconvenientes que pueden originarse de la aplicacion del art. 11, § 4.° del Código civil italiano, que hemos criticado (1).

Respecto al segundo punto, Merlin contesta afirmativamente. La ley de la nacion en que los esposos van á establecer su domicilio debe ser considerada, dice, como una nueva ley, y así como una ley nueva que permitiese el divorcio se aplicaria tambien á los hechos anteriores á la publicacion de aquella, del mismo modo la ley de la nueva nacion deberá aplicarse tambien á los hechos anteriores á la naturalizacion (2). No aceptamos esta opinion, con tanta más razon, cuanto que los conflictos de las leyes de los diferentes Estados no pueden en manera alguna compararse con los conflictos entre leyes promulgadas en diferentes épocas. La necesidad de conservar

---

(1) Véanse los núms. 66 y 67.
(2) Merlin, *Cuestiones de derecho*, V°. *Divorcio*, § 12

la moralidad de familia, de impedir el escándalo y el mal ejemplo, son las razones por las cuales se justifica el divorcio, y no podrán aducirse éstas cuando el hecho ha acontecido en una época anterior á la naturalizacion y en un territorio diferente.

Para confirmar nuestra doctrina, nos parece oportuno reproducir aquí una sentencia de la Audiencia de Lieja, del 24 de Abril de 1826. Un francés, Mr. D..., se casó el 2 de Enero de 1814 con una señora belga, y regresó á Francia con su mujer en el mes de Febrero siguiente. Separado de ésta en 1824 por sentencia judicial, Mr. D... trasladó su domicilio á Marienburgo, y en 1825 presentó ante el tribunal de Dinant una demanda con el objeto de obtener una sentencia de divorcio por adulterio cometido en Francia por su mujer. Durante el proceso pidió y obtuvo la naturalizacion en Bélgica, dando comunicacion de ello á su mujer, intimándola á que se presentase ante el tribunal de Dinant para oir pronunciar la sentencia de divorcio. Mad. D... compareció, comenzando por negar la competencia del tribunal, fundándose en que estando casada con un francés, era francesa; que la naturalizacion posterior del marido no comprendia la de la mujer; que no podia, por lo tanto, comparecer ante un magistrado belga, sino por uno de los casos determinados por el Código civil, entre los cuales no se hallaba incluido el que aquél invocaba. Acerca del fondo del asunto, exponia que los hechos sobre los cual s estaba fundada la demanda, si bien eran ciertos, acontecieron en la época en que Mr. D... era francés, y en Francia la ley permite la separacion, pero no el divorcio. La Audiencia de Lieja decidió que no podia admitirse la demanda de Mr. D..., porque al cambiar de patria no podia perjudicar á su mujer, y porque su naturalizacion no podia tener efectos retroactivos (1).

133. La última cuestion que queremos dilucidar y que puede tener su importancia práctica aún entre nosotros, es la de saber si el hombre legítimamente divorciado en su patria puede volverse á casar en otro Estado cuyas leyes no permiten el divorcio. Esta cuestion ha sido largamente discutida

(1) *Pasicrisiabelga*, 1826, p. 125; Merlin, *Cuestiones de derecho*, v.° *Divorcio*, § 11.

por los jurisconsultos y por los tribunales, y nos complacemos en recordar las opiniones que han sido emitidas en pró y en contra. Entre los defensores de la negativa citaremos á De Chassat, Demangeat, Sapey, Demante, y la Audiencia de París (30 de Agosto de 1824, 28 de Marzo de 1843, 20 de Noviembre de 1848 y 4 de Julio de 1859). Entre los que sostienen la afirmativa, citaremos á Merlin, Demolombe, Westlake, Massé, Vergé, el Tribunal de Casacion de París (28 de Febrero de 1860) y Dupin, en sus considerandos ante el mismo Tribunal (1).

El magistrado francés, dice de Chassat, debe reconocer la condicion del extranjero tal como se halla establecida por la ley de su nacion, y por consiguiente, la condicion del divorciado debe valer como la de incapacitado, la de pródigo y la de quebrado. Sin embargo, el magistrado francés no puede permitir que, en virtud de una ley extranjera, acontezcan en Francia ciertos hechos que quebrantan los principios de órden público sancionados por nuestras leyes. La disposicion de la ley extranjera que permite al hombre divorciado volverse á casar, no puede tener ningun efecto, porque ofende á las buenas costumbres y á la opinion pública en Francia. Demangeat opina del mismo modo. «La ley francesa, dice, ha prohibido el divorcio por el bienestar de la sociedad; reconocer la ley extranjera que lo permite, es contrario al órden público. Ninguna duda puede suscitarse cuando la persona con que el extranjero quiere casarse es francesa; esta no puede unirse á un indivíduo divorciado, porque no puede contraer matrimonio con una persona que, segun la ley francesa, está casada. Si los esposos son extranjeros, el delegado del estado civil no puede asistir á la celebracion de ese matrimonio, porque implícitamente vendria á reconocer el divorcio, el

(1) De Chassat, *De los estatutos*, núm. 196; Demangeat, *Condicion de los extranjeros*, p. 383; Sapey, *Los extranjeros en Francia*, p. 195; Demante, sobre el art. 3 (t. I, p. 45, nota prim.); Merlin, *Cuestiones de derecho*, V.° *Divorcio*, § 13; Demolombe, t. I, núm. 101, t. III, núm. 230: Westlake, *Private internacional law*, núm. 350; Massé y Vergé, sobre § 37, *Journal du Palais*, t. XVIII, p. 1.022, t. XL-XLI, 28 de Marzo; t. LXXI, p. 15, 338.

cual, haciendo abstraccion de toda idea religiosa, está considerado en Francia eomo un mal y un escándalo público (1).»

Merlin, por el contrario, critica la sentencia de la Audiencia de París de 1824, por la cual fué confirmada la del Tribunal de primera instancia, que estimó que el delegado del estado civil hizo bien negándose á asistir á la celebracion del matrimonio de una inglesa divorciada.

Dice que la ley francesa condena el divorcio, pero no el matrimonio del divorciado, hasta tal punto, que no ha considerado como ilegítimos los matrimonios contraidos por personas divorciadas con anterioridad á la ley de 1816 (1).

Westlake, al manifestar su opinion sobre el mismo asunto, dice muy cuerdamente: «Es indudable que respetables autores sostienen que el divorcio está moralmente permitido, y, si bien no hay razones absolutas para determinar las causas por las cuales debe permitirse, es lo cierto que no se puede *á priori* demostrar que en todos los casos deba ser considerado como moralmente ilícito, y esta es la razon porque sin entrar en discusiones difíciles es preferible aceptar á cada individuo con la cualidad de casado ó de no casado, segun le declare la ley de su nacion. Los autores franceses sostienen que el matrimonio pertenece al derecho de gentes, pero no el divorcio, y segun este principio pretenden que el divorcio no debe ser reconocido para sus efectos en país extranjero. A esto puede objetarse que el matrimonio pertenece al derecho de gentes como estado, pero no como contrato, de donde resulta que el estado del hombre ligado ó no por el matrimonio, tal como está establecido por la autoridad competente, sigue al individuo donde quiera que se halle.

---

(1) Esta opinion está fundada en que el estatuto personal extranjero no puede prevalecer contra una prohibicion de órden público; por consiguiente, el extranjero divorciado con arreglo á las leyes de su país, no podrá contraer en Francia nuevo matrimonio aunque las leyes de su patria lo autorizasen para ello. Véanse las sentencias de la Audiencia de París, en 30 de Agosto de 1824, 28 de Marzo de 1843, 20 de de Noviembre de 1848 y Julio de 1859.

(*N. de P. F.*)

(2) L. C.

Resumiendo Dragounis las razones de Dalloz y de Demolombe, observa oportunamente que la demanda de un extranjero divorciado, para volverse á casar en Francia, no debe ser considerada como una cuestion de divorcio que se somete ante el magistrado francés. No se trata efectivamente de pronunciar una sentencia de divorcio, sino de examinar tan sólo si el indivíduo declarado libre del primer lazo, segun la ley, puede contraer un nuevo matrimonio. No es la cuestion de principio lo que se discute ante la ley francesa; se pide únicamente el reconocimiento de un hecho consumado en territorio extranjero, y juzgado segun las leyes extranjeras. Cuando el primer matrimonio ha sido disuelto, y los cónyuges tienen permiso para volverse á casar, por más que se haga, no puede volverse á poner en vigor el primer matrimonio, y á nadie le está permitido investigar el pasado de los cónyuges ni reformar una sentencia dictada por un tribunal competente, segun las leyes del país. La asimilacion que se ha querido hacer entre el matrimonio del hombre divorciado y la bigamia, no tiene fundamento alguno. En el caso de bigamia, existe un primer matrimonio hasta en virtud de la ley personal de los cónyuges, y nuestra ley se opone, con razon, á un nuevo matrimonio; en caso de divorcio, el primer matrimonio deja de existir.

134. Participamos de esta misma opinion, y aplicándola á este caso, decimos que el delegado del estado civil no puede negarse á asistir al matrimonio de una inglesa ó de una polaca, legalmente divorciada, que quisiese volverse á casar en Italia. Es cierto, efectivamente, que la condicion jurídica de un extranjero y su cualidad de padre, de hijo, de esposo, debe determinarse segun la ley de su nacion (artículo 6.° del Código civil) (1); que los efectos que emanan del estado jurídico de un extranjero sólo pueden impedirse cuando se opone á ellos una ley de órden público de nuestro Estado; que dicho dele-

---

(1) El art. 6.° de las disposiciones sobre publicacion, interpretacion y aplicacion de las leyes en general, colocadas al frente del Código civil italiano, está concebido en estos términos: el estado y la capacidad de las personas, y las relaciones de familia, son regidos por las leyes de la nacion á que aquellos pertenecen.

(*N. de P. F.*)

gado no puede declarar la disolucion del matrimonio no existente, cuando este ha sido ya legalmente disuelto, y que no puede impedir al divorciado que contraiga un nuevo matrimonio, el cual, disuelto ya el primero, no es, de ningun modo, contrario á nuestras leyes, pues el divorciado se encuentra entonces en la situacion legal de un hombre que no está casado; de todo lo cual deducimos que prohibir á quien está legalmente divorciado que pueda contraer un nuevo matrimonio en Italia, es contrario á nuestras instituciones y á nuestras leyes (1) (*a*).

---

(1) Fiore ha demostrado que esta cuestion es muy controvertida; sin embargo, mencionaremos otras tres sentencias interesantes. Segun una de la Audiencia de París, dada el 4 de Julio de 1859, el extranjero divorciado con arreglo á las leyes de su país, no puede casarse en Francia viviendo su cónyuge, sobre todo con súbdito francés. (Dalloz, P. 1859, 2.°, p. 153, asunto Bulkley). Empero se ha decidido despues por una providencia, dictada en sentido opuesto, que el extranjero cuyo matrimonio haya sido disuelto legalmente en su país, aunque no lo haya sido con arreglo á lo que exige la ley francesa, puede casarse otra vez en Francia; y el extrangero divorciado conforme á la legislacion que forma su estatuto personal, tiene capacidad para contraer nuevo matrimonio en Francia, hasta con una persona francesa. S. T. de Cas, 28 de Febrero de 1860, asunto Bulklei.

(*N. de P. F.*)

(*a*) Con ocasion de un segundo matrimonio contraido en Alemania por una señora separada en Francia de su marido y que se habia domiciliado despues en la primera de estas dos naciones, se ha promovido un ruidoso proceso de carácter internacional, en el que han intervenido y emitido su opinion los más notables jurisconsultos de nuestro tiempo, el cual proceso no ponemos aquí por su mucha extension, pero prometemos al lector insertarlo, en forma de apéndice al tomo II de esta obra, si sus dimensiones nos lo permiten.

(*N. de la trad.*)

# CAPÍTULO IX.

## DE LA FILIACION.

135.—Con arreglo á qué ley deben resolverse las cuestiones relativas á la paternidad, á la maternidad y á la filiacion.—136. Cuestiones prácticas sobre la accion para impugnar el estado.—137. Hijos ilegítimos y su reconocimiento.—138. Reconocimiento por un condenado á muerte civil ó por un interdicto.—139. Forma del reconocimiento.—140. Un reconocimiento por documento privado puede ser declarado nulo.—141. Indagacion de la paternidad y de la maternidad. —142. Nuestra teoría y su aplicacion.—143. Eficacia del reconocimiento forzoso efectuado en país extranjero.—144. Legitimacion del hijo natural reconocido.—145 Disposiciones de derecho positivo.—146. Opinion de los autores.—147. Nuestra opinion.—148. Efectos de la legitimacion.-149. Legitimacion por rescripto real.

135. La misma ley que regula el matrimonio es sin duda la que debe resolver todas las cuestiones relativas á la paternidad, á la maternidad y á la filiacion. Por más que sean delicadas por sí mismas las cuestiones de filiacion y de paternidad, no es difícil determinar la ley por que deben resolverse. Es hijo legítimo aquel que es concebido ó nacido al ménos durante el matrimonio de sus padres. Lo primero, pues, que debe probar el que solicita el estado de hijo legítimo, es la existencia jurídica de un matrimonio entre el hombre y la mujer, y del cual él procede; asimismo, las personas intere-

sadas en impugnar su legitimidad deben oponer la no existencia ó la nulidad del matrimonio. Esta cuestion preliminar, en el caso de un matrimonio celebrado en territorio extranjero, debe resolverse con arreglo á los principios que ya hemos establecido.

Admitida la validez del matrimonio, puede la pretension del indivíduo, que reclama el estado de hijo legítimo, dar lugar á diferentes cuestiones, segun que lo negado sea la paternidad legítima ó la maternidad. Habrá que examinar si el hijo ha sido concebido dentro del término legal para que pueda decirse que ha nacido durante el matrimonio; si tiene por padre al marido de su madre; si es hijo de la mujer casada á quien llama su madre, etc., etc. Estas cuestiones se enlazan con las acciones de reclamacion y de impugnacion de estado que dan lugar á otras acciones secundarias y deben resolverse ateniéndose exclusivamente á la ley nacional del marido, que es el jefe de la familia. En efecto, ésta y cada uno de sus miembros viven civilmente bajo la proteccion de dicha ley, y segun ella, debe determinarse el lazo jurídico existente entre dos personas, entre las cuales media la relacion de padre ó madre é hijo.

136. Supongamos, por ejemplo, que un prusiano se ha casado con una mujer italiana, y que durante el matrimonio ha nacido un hijo que se presume legítimo. El marido tendrá indudablemente derecho para negarse á reconocerlo, si puede probar que le ha sido físicamente imposible la cohabitacion con su mujer, con arreglo á la disposicion del Código civil prusiano (1).

Cuando el marido ha dejado trascurrir seis meses, á contar desde el momento en que ha tenido conocimiento del nacimiento del niño, sin haber intentado la accion, y ha muerto, puede surgir la duda sobre si los herederos italianos pueden impugnar la legitimidad de dicho hijo para excluirle de la posesion de los bienes del difunto existentes en Italia. Los autores que sostienen la preferencia de la *lex rei sitæ* para todas las cuestiones relativas á los bienes inmuebles, responderán negativamente, porque aplicarian las disposi-

(1) Parte 2.ª, título II, arts. 2 al 4.

ciones del Código civil italiano, que, en su art. 167, dice que: si el marido muere sin haber entablado la accion en tiempo útil (que puede ser seis meses á lo más, art. 166), tendrán los herederos un término de dos meses para impugnar la legitimidad del hijo, calculados desde el momento en que entró en posesion de los bienes del difunto (1). En el caso propuesto habrian trascurrido seis meses; luego habria ya prescrito la accion de los herederos italianos.

Nosotros, sin embargo, sostenemos lo contrario. En especie se trataria en efecto de una accion para impugnar el estado de un hijo prusiano. Nuestra ley dispone (art. 6) que el estado del extranjero se rige por la ley de la nacion á que pertenece, y por consiguiente, la accion para impugnar dicho estado debe regirse por la misma ley. El Código prusiano dispone (arts. 7, 14 y 15) que el padre puede impugnar la le-

---

(1) *Código civil italiano*, art. 167: «Si el marido muriese sin haber intentado la accion, pero antes de la espiracion del plazo útil, los herederos tienen dos meses de tiempo para impugnar la legitimidad del hijo, contados desde el momento en que haya entrado en posesion de los bienes del difunto ó de aquel en que los herederos hubiesen sido molestados en su pacífica posesión por el hijo.»

El art. 166 se expresa de este modo: «En todos los casos en que el marido está autorizado para reclamar, debe producir directamente su demanda en los plazos siguientes; dentro de dos meses si se halla en el lugar del nacimiento del niño; de tres despues de su regreso al referido lugar ó al del domicilio conyugal, si estaba ausente; y tambien en el de tres despues del descubrimiento del fraude, en caso de haber recelo del nacimiento.»

Estas disposiciones del Código civil italiano corresponden á los artículos 316 y 317 del francés, concebidos en estos términos: Art. 316. «En los diversos casos en que el marido se halle autorizado para reclamar, deberá hacerlo en el término de un mes, si se encuentra en el lugar donde se verifica el nacimiento del niño: dentro de dos meses despues de su regreso, si estaba ausente; y en el mismo plazo despues de descubierto el fraude, si se le habia ocultado el nacimiento. Art. 317. Si el marido muriese antes de hacer la reclamacion, pero dentro del plazo útil para hacerla, tendrán los herederos un plazo de dos meses para impugnar la legitimidad del niño, á contar desde la época en que este hubiera entrado en posesion de los bienes del marido, ó en que hubiese molestado á los herederos en dicha posesion.»

(*N. de P. F.*)

gitimidad del hijo durante un año, á contar desde que tuvo noticia de su nacimiento; que los parientes tienen la accion cuando el padre ha muerto antes de espirar el plazo legal. Los herederos italianos podrian, por tanto, entablar la accion. Supongamos, por el contrario, que un italiano se ha casado con una mujer austriaca, y que nace un hijo doscientos dias despues de la celebracion del matrimonio. Muertos ambos cónyuges antes de espirar el plazo legal, ¿podrán los herederos austriacos impugnar el estado de hijo legítimo para excluir á este niño de la herencia de los bienes existentes en Austria y reservados exclusivamente á los hijos legítimos, fundándose en el art. 138 del Código civil austriaco, que considera como ilegítimos á los hijos que nacen antes de trascurrir doscientos dias despues de la celebracion del matrimonio? Á primera vista, parece que puede sostenerse la afirmativa, porque se trataria de una cuestion de herencia, y porque, para determinar si el sucesor tiene ó no la cualidad de heredero legítimo, deberia aplicarse la ley del lugar en donde se pide la posesion de la herencia; sin embargo, considerando que la cuestion principal es una pura cuestion de Estado, y que para resolverla debe aplicarse la ley personal, opinamos por la negativa. La legitimidad ó ilegitimidad, así como la presuncion de estar concebido dentro ó fuera del matrimonio, debe decidirse con arreglo á la ley personal de cada uno. En el caso propuesto, debe, pues, aplicarse la ley italiana, la cual considera concebido durante el matrimonio al niño que nace ciento ochenta dias despues de celebrado aquél.

137. Con arreglo á la misma ley personal del padre debe determinarse cuándo es el hijo ilegítimo, incestuoso ó adulterino, y cuál es la situacion jurídica en que se hallan los hijos ilegítimos respecto de sus padres y de los parientes de éstos. Notemos, sin embargo, que si el lazo natural por el que el hijo ilegítimo está unido al autor de sus dias, solo en virtud del reconocimiento que éste ha hecho de aquél, adquiere una eficacia jurídica, es necesario examinar algunas cuestiones especiales á que puede dar lugar el reconocimiento, que es el acto solemne por el que un hombre ó una mujer declaran su propia paternidad ó maternidad respecto de un hijo procreado fuera del matrimonio.

El reconocimiento trae consigo un cambio de estado, ya

sea con relacion á los padres, ya con relacion al hijo; por consiguiente, la capacidad del hijo natural para ser reconocido, y la de los padres para reconocerle, debe ser determinada con arreglo á la ley nacional del padre ó de la madre, segun que sea el uno ó el otro el que quiere reconocerle.

Bajo este aspecto, son diversas las disposiciones del derecho positivo. Segun el Código holandés (art. 337), si el menor no ha cumplido aún 19 años, no puede reconocer válidamente á un hijo natural; y, con arreglo al art. 319, mientras viva la madre, no puede admitirse sin el consentimiento de ésta el reconocimiento de un hijo natural. Algunas legislaciones, tales como la ley prusiana, por ejemplo, no prohiben en ningun caso el reconocimiento de los hijos, mientras que el Código de Napoleon (art. 335), y el Código italiano (art. 180) prohiben el reconocimiento de los hijos incestuosos ó adulterinos (1). Segun la opinion de los jurisconsultos franceses, consagrada por diferentes tribunales imperiales, y que puede sostenerse tambien ante el Código civil italiano, debe considerarse como válido el reconocimiento hecho por un menor no emancipado en ausencia de su tutor, por un menor emancipado sin la asistencia de su curador, y por una mujer casada sin el consentimiento de su marido (2). De cualquier modo, es indudable, dado nuestro sistema, que la capacidad del padre para reconocer, y la del hijo para ser reconocido, debe determinarse por la ley nacional de cada uno, con tal que no contradiga ningun principio de órden público. Así, por ejemplo, el reconocimiento de un hijo natural de un prusiano y de una mujer italiana casada, no puede producir efectos en Italia por existir en nuestro Código una disposicion absoluta que prohibe el reconocimiento de los hijos adulterinos (art. 180).

138. Puede surgir una cuestion importante y difícil de re-

(1) *Código civil francés*, art. 335: «Este reconocimiento no podrá verificarse en favor de los hijos incestuosos ó adulterinos.»—Código civil italiano, art. 180: «No pueden, sin embargo, ser reconocidos: 1.° Los hijos de personas que, en la época de la concepcion, no podian casarse una con otra.—2.° Los hijos de aquellas que no podian verificarlo por razon de parentesco ó de alianza en línea recta hasta el infinito, y en la colateral hasta el segundo grado.

(2) Toullier, II, 952; Duranton, II, 258: Demolombe, núm. 388; Zacarías, § 358; Dalloz, *Jurisp. gen.*, V. filiation, núm. 3.

solver, á saber, la de si debe juzgarse la capacidad del extranjero para reconocer un hijo natural, segun las mismas reglas que sirven para determinar la capacidad para verificar un acto civil cualquiera. Supongamos, por ejemplo, que un extranjero condenado á muerte civil quiere reconocer un hijo natural en Italia. Siendo este indivíduo incapaz de realizar cualquier acto civil, ¿debe considerársele tambien como incapacitado para reconocer á su hijo?

Si se quisieran aplicar al reconocimiento las reglas observadas para los contratos y las obligaciones, podria discurrirse de la manera siguiente. Cuando la ley declara á alguno incapaz, es porque no ofrece todas las garantías exigidas para poder consentir legalmente. Ahora bien, si para un acto tan importante como el reconocimiento de un hijo son necesarias la lucidez de espíritu, la madurez de la razon y la plenitud de la voluntad, deberán exigirse igualmente las condiciones indispensables para los demás actos. Y no se diga que el reconocimiento no es un contrato, sino la declaracion de un hecho, porque la incapacidad aneja á la interdiccion es genérica y abraza todos los actos jurídicos que aquel hiciere personalmente, y respecto de los cuales podria pedir siempre la *restitutio in integrum*, cuando hubiere sufrido algun perjuicio. Del hecho del reconocimiento puede derivarse un perjuicio, no solo porque el que reconoce renuncia á la excepcion perentoria que hubiera podido oponer á la indagacion de la paternidad ó á la maternidad, si estas indagaciones estaban prohibidas por su ley, sino tambien por contraer graves obligaciones. No pudiendo el condenado ó *entredicho*, reconocer la más pequeña deuda, ¿cómo podria realizar un acto tan grave bajo todas relaciones? El incapaz no puede enagenar válidamente sus derechos, y por esto es por lo que no puede hacer una confesion, legalmente valedera, que lleva consigo la enagenacion del derecho que tenia á combatir la obligacion y á pedir la prueba de ella.

Por todas estas razones, que son muy graves, puede sostenerse que el extranjero incapaz de realizar los demás actos civiles debe considerársele tambien incapacitado para verificar un acto de reconocimiento.

La solucion de esta cuestion ofrece graves dificultades. Nuestro parecer es que el acto del reconocimiento no puede compararse en todo á las demás obligaciones que pue-

den derivarse del contrato, porque aquél es el cumplimiento de un deber sagrado y un derecho esencialmente personal que no puede ejercerse por delegacion ni por representacion; pues el incapacitado está privado indudablemente del ejercicio, pero no del goce de los derechos civiles. Si la ley del país á que pertenecen no exige solo la autorizacion, sino tambien la intervencion del tutor, el cual no completa la personalidad del pupilo que ha salido ya de la infancia, como sucedia en el derecho romano, sino que lo representa; y, cualquiera que sea su edad, *negotium gerere debet*, como dispone nuestra ley, cuando se aplican al reconocimiento las reglas generales, el incapacitado estará privado del goce de semejante derecho. Como por sí mismo no podria reconocer válidamente á su hijo, no podrá tampoco sostenerse que bastaria el mandato legal del tutor para justificar su intervencion, para conferirle el derecho de reconocer un hecho que le es completamente extraño.

Respecto del condenado á muerte civil, debemos observar que, siendo consecuencia de la pena la privacion de los derechos civiles, no puede aquella ser eficaz en territorio extranjero. Por otra parte, la ley no puede impedir al muerto civilmente tener hijos naturales, ni, por consiguiente, quitarle el derecho de reconocerlos. Concluimos, pues, que para poder reconocer un hijo natural, basta tener capacidad de voluntad, segun los principios del derecho filosófico, y no segun las reglas comunes establecidas para los actos civiles. Por esto es por lo que, haciendo abstraccion de las reglas generales por las cuales debe determinarse el valor legal de una obligacion civil por falta de capacidad, debe el magistrado del lugar en donde se verifica el reconocimiento, examinar la capacidad especial exigida por la ley nacional para este acto, y si ésta nada determina, puede, apreciando las circunstancias, pesar la sinceridad del reconocimiento y sancionarlo, áun cuando se hiciese por una persona incapaz de verificar otros actos civiles.

139. Acerca de la forma intrínseca del acto de reconocimiento, debe juzgarse con arreglo á la ley del país en donde aquél se verifica. Por consiguiente, en cuanto á las formalidades necesarias para que el acto pueda decirse auténtico, y en cuanto al magistrado competente para presenciarlo, debe aplicarse el principio general de *locus regit actum*.

Puede, sin embargo, surgir una duda, cuando la ley del país en donde el acto se verifica declara válido el reconomiento hecho de un modo privado, y la ley del lugar en donde aquél haya de producir sus efectos, exige que revista la forma auténtica.

Algunos autores son de parecer que el principio *locus regit actum* debe aplicarse solo á los actos públicos, y lo restringen á los límites de la pura necesidad (1). Las condiciones de autenticidad, dicen aquellos, deben apreciarse con arreglo á la ley del lugar donde se verifica el acto; pero no existe motivo alguno para dispensar al ciudadano, que quiere reconocer su hijo, verificarlo de un modo auténtico, porque las condiciones de la autenticidad pueden siempre llenarse en el país en donde el acto se realiza. Por otra parte, la ley prescribe que se haga el reconocimiento por un acto auténtico, en interés de las partes y para impedir las violencias, sorpresas y manejos de todo género con que se podria quizá arrancar por fuerza un reconocimiento infundado. Por estas consideraciones, podria concluirse que el reconocimiento de un hijo natural verificado en Austria por un italiano, por documento privado, no puede ser eficaz en Italia, por carecer de las garantías exigidas por nuestras leyes para estar ciertos de la libertad del autor del reconocimiento.

Creen otros que el principio *locus regit actum*, debe aplicarse, no solamente á los actos públicos, sino tambien á los privados, porque la diferencia entre unos y otros es meramente formal, no sustancial; es extrínseca, no intrínseca, y no hay razon para distinguirlas (2). Nosotros creemos que es admisible esta doctrina, pero con ciertas reservas.

El principio *locus regit actum* ha sido aceptado por todas las sociedades politicas, no solo porque seria muy difícil observar en país extranjero todas las formalidades establecidas por la ley del lugar en donde ha de tener valor el acto, sino por razones fundadas en la equidad, en la buena fé y en el in-

---

(1) Duranton, t. I, p. 95.

(2) Fœlix, núm. 79; Zacarías, §31; V. Merlin, *Repert.* V.° *Testamento*, seccion 2.ª, § 4. art. 1.°, núm. 3; Demangeat, *Condicion de los extrangeros en Francia*, p. 342.

terés público, segun las cuales, los actos válidamente hechos en un país deben producir sus efectos en todas partes. Es verdad, como dice Duranton, que las condiciones de autenticidad pueden llenarse siempre en país extranjero, pero puede suceder que á la persona que quiera de buena fé verificar un acto válido en el lugar en que reside, no se le indique como necesaria la forma auténtica. Seria, pues, un grave perjuicio el admitir, como regla general, que un reconocimiento legal, sincero, honrado y válido con arreglo á ley del lugar en donde se ha verificado el acto, se anulara en Italia por la sola razon de carecer de la autenticidad exigida por la ley.

En la jurisprudencia francesa hallamos decisiones que confirman esta doctrina. El Tribunal de París, en dos sentencias diferentes, ha declarado válidos contratos de matrimonio con las donaciones que contenian, aunque verificados privadamente en Lóndres y en Mónaco por franceses allí refugiados (1). El Tribunal de casacion francés ha decidido, además, que el matrimonio mismo, como acto de estado civil, puede contraerse válidamente entre franceses, en país extranjero,

---

(1) París 11 de Mayo de 1816, Bertin (Lirey, 1817, II, 10); París, 22 de Noviembre de 1828, Requelaure, (Sirey, 1829, II, 77).

El Tribunal de casacion ha resuelto en 18 de Abril de 1865, que el contrato de matrimonio de un francés residente en Constantinopla, puede ser válido con un solo documento privado, con arreglo á la legislacion del país, y no hay necesidad de la forma auténtica ante el canciller de Francia, sobre todo cuando se trata de un contrato de matrimonio entre un francés y una extranjera (Dalloz, 1865, I, p. 342). La misma Sala de este Tribunal falló tambien el 12 de Junio de 1855, que el contrato de matrimonio hecho en país extranjero con arreglo á la ley del mismo es válido, por más que no se hayan llenado algunas formalidades accesorias. (Dalloz, 1855, I, p. 389). Por último, el 30 de Marzo de 1844, el tribunal de Grenoble, decidió que las disposiciones de los artículos 1.394 y 1.395 del Código civil constituyen un estatuto real. Por consiguiente, el contrato dotal hecho por un francés al contraer matrimonio en el extranjero, ha podido ser redactado posteriormente á la celebracion del matrimonio, (si la legislacion de este país (de España, por ejemplo), fundada en el Derecho romano, permite constituir la dote y arreglar y modificar el régimen matrimonial posteriormente á la celebracion (Dalloz, 1845, II, p. 36).

*(N. de P. F.)*

sin ningun acta escrita, si reune las condiciones exigidas por las leyes del país en donde se ha verificado (1).

140. Hemos dicho, sin embargo, que la validez del acto debe admitirse con alguna reserva. En primer lugar, debe la parte que quiere hacer valer tal documento, probar que se ha hecho verdaderamente en el lugar á cuya ley quiere adaptársele respecto á la forma; en segundo, es absolutamente necesaria la buena fé. Por consiguiente, debe el magistrado acoger fácilmente las demandas de nulidad por causa de sugestion, de sorpresa ó de error.

Demolombe dice que, la diferencia entre el acto auténtico y el privado no es más que una diferencia de forma; y deduce de aquí, que el acto privado, verificado en un país que permite esta forma, debe equivaler al auténtico en otro país que exija la forma auténtica, porque esta diferencia no es intrínseca, sino estrínseca; no es fundamental, sino formal; está, pues, sometida á la regla *locus regit actum* (2). No combatimos esta doctrina, pero creemos indispensable hacer algunas observaciones.

El motivo en que se funda nuestro legislador para rechazar y declarar nulo el reconocimiento por documento privado, no procede de consideraciones estrinsecas, sino intrínsecas, y que afectan la sustancia y la validez del acto. La disposicion del art. 181, que está conforme con la del 334 del Código de Napoleon (3), tiende á prevenir todas las sorpresas, mane-

---

(1) T. de Cas. fran., 29 de Diciembre de 1841. (Dev., 1842, II, 321). Idem, 13 de Enero de 1857. (Dev., 1857, I, 81). El tribunal de Bordeaux ha fallado, en 14 de Marzo de 1849, que el art. 170 del Código civil que declara válidos los matrimonios contraidos en el extranjero, si han sido celebrados en las formas allí usadas, se aplica tambien al caso en que, como sucede en el Estado de Nueva-York, no exije la ley documento escrito y se contenta con la cohabitacion y la posesion de estado matrimonial legítimo. (Dalloz, 1852, II, p. 13).

(*N. de P. F.*)

(2) Demolombe, t. I, núm. 106.

(3) *Código civil italiano*, art. 181: «El reconocimiento de un hijo natural tendrá lugar en el acta de nacimiento, ó en un documento auténtico anterior ó posterior á aquel.»

*Código civil francés*, art. 334: «El reconocimiento de un hijo natural se hará mediante un acta auténtica, cuando no se hubiere hecho en la de nacimiento.»

jos é intrigas de cualquier género, por las que puede forzarse á una persona á reconocer su progenitura, y garantiza la independencia de la voluntad y la completa libertad del autor del reconocimiento.

Un acto válido de reconocimiento produce consecuencias jurídicas muy importantes como acto de estado civil. M. Lahary, en su relacion al Tribunado, en 19 de Marzo de 1803, se expresa en los términos siguientes: «Un acto tan precioso y que debe servir de título al hijo natural y á los herederos de su padre, no puede abandonarse á una garantía tan frágil como la que resulta de un documento privado. Es, pues, digno de la solicitud del legislador el exigir que se conserve en el archivo público, el documento correspondiente.»

Por todas estas consideraciones, no podemos equiparar el reconocimiento auténtico con el privado. Para impugnar la validez de un reconocimiento auténtico é inatacable en la forma, hay necesidad de probar que ha habido engaño, error ó violencia; mas para invalidar un reconocimiento privado, aunque válido, con arreglo á la ley del lugar en que se ha verificado, basta demostrar la falta de buena fé ó de espontaneidad, por parte del autor del reconocimiento, ó las sugestiones, intrigas ó sorpresas de cualquier género. En suma, el acto no debe considerarse como absolutamente nulo; mas, para neutralizar los inconvenientes que podria traer consigo el adoptar sin reserva la doctrina de Demolombe, creemos que el magistrado debe acoger fácilmente las demandas de nulidad fundadas en los referidos motivos (1).

---

(1) V. Zacarías § 31.

Zacarías dice, en efecto, que la regla *locus regit actum* no protege los hechos realizados de buena fé. Si algun francés se hubiese trasladado á país extranjero con objeto de eludir la observancia de las formalidades prescritas por la ley de su patria, los actos que hubiesen verificado allí no deben considerarse válidos en Francia. Por otra parte, cuando se trata de actos respecto de los cuales la ley francesa exije la autenticidad, como la garantía de completa libertad de una de las partes, tales como, por ejemplo, los reconocimientos de hijos naturales, el juez francés podría aceptar sin dificultad las demandas de nulidad por causa de sorpresa, de sugestion ó de error, dirigidas contra estos actos realizados en el extranjero sin llenar las formalidades exigidas por la ley francesa.

Estas dos modificaciones, añaden Aubry y Rau, son las únicas que

141. Hablemos ahora de la ley que debe rejir el reconocimiento forzado, que puede tener lugar cuando la paternidad ó la maternidad, respecto del hijo natural, no estén probados por un documento auténtico de reconocimiento voluntario.

Las disposiciones del derecho positivo son en esto muy diversas: en algunos paises se permiten las indagaciones de la paternidad y de la maternidad; esto sucede, por ejemplo, en el Código prusiano (art. 618), en el Código bávaro (p. 1.ª, c. IV, 9), en el Código austriaco (art. 163), en el del canton de Vaud (art. 182 y sigs.), y en el de la Luisiana (art. 226), el cual admite la indagacion de la paternidad en favor de los niños libres y blancos, y áun en favor de los de color libres, cuando el padre que estos buscan es un hombre de color. Por el contrario, el Código italiano (art. 189), el francés (artículo 340) y el holandés (arts. 341 al 343) no admiten ninguna clase de prueba para la filiacion paterna, fuera de los casos de rapto y de violacion, cuando el tiempo en que se cometieron corresponde al de la concepcion.

Supongamos, por ejemplo, que un hijo natural, engendrado por un extranjero en Italia y no reconocido voluntariamente, quiere probar su filiacion para suceder al que pretende que sea su padre, ó para pedirle los alimentos: ¿podria admitírsele á la prueba, en el caso que la ley del país del padre permitiese la indagacion de la paternidad? Algunos partidarios de la doctrina de los estatutos, responden afirmativamente. La cuestion de paternidad, dicen, es una cuestion de relaciones personales, y debe resolverse con arreglo á la ley que rije el estado personal. Por otra parte, el hecho se ha realizado en Italia, y condicion personal del hijo basta para legitimar la competencia de nuestros tribunales. De aquí concluyen que los tribunales italianos pueden juzgar y admitir

---

deban admitirse en la regla *locus regit actum*, á no haber otras disposiciones en contrario. Bastan, por otra parte, para neutralizar los inconvenientes que traería consigo la aplicacion absoluta de este máxima, particularmente en lo que concierne al reconocimiento de los hijos naturales ó á las dotes hechas en el extranjero. (*Derecho civil francés*, tercera edicion, t. I, p. 101).

(*N. de P. F.*)

al hijo á la prueba de la filiacion paterna con arreglo á las disposiciones de la ley extranjera.

142. Nosotros no participamos de esta opinion, aunque no pretendemos discutir si será mejor permitir ó negar la indagacion de la paternidad; pero es lo cierto que la ley que la niega ó la permite está basada en consideraciones de órden público, de moralidad y de policía general. Permitiéndola, cree el legislador que, obligando á los que engendran ilegalmente á cumplir con los deberes que la naturaleza misma impone, y á soportar todas las cargas de su paternidad, podrá ponerse un freno para disminuir las procreaciones ilegímas. Prohibiéndola, ha querido el legislador prevenir el gravísimo peligro de suscitar los procesos más escandalosos y peligrosos, con perjuicio de la moralidad pública y de la tranquilidad de la familia. Es un modo diferente de apreciar las consecuencias de un mismo hecho, considerado bajo distintos puntos de vista. Concluimos, pues, que, por razon de órden y de moralidad pública no puede un hijo natural, nacido en Italia, ser admitido á probar la paternidad ante nuestros tribunales. Esto no impide al hijo ejercer la accion en la patria de su padre, siendo extranjero; por el contrario, si el padre citado ante el tribunal de su país fuese convencido de ser realmente el padre del niño engendrado en Italia, el juicio que estableciese la paternidad podrá igualmente producir sus efectos en nuestro país, porque el reconocimiento, ya sea forzoso ó voluntario, cuando es válido con arreglo á la ley del padre, debe ser eficaz en todas partes. A esta regla general hay que hacer, sin embargo, la excepcion ordinaria de que el reconocimiento no altere el principio de órden público.

Supongamos, por ejemplo, que un prusiano haya tenido un hijo natural de una mujer italiana casada; que á este hijo se le haya admitido en Prusia á probar la paternidad, y que un fallo ha declarado la paternidad y la maternidad. El hijo no podrá pedir que este fallo produzca sus efectos en Italia, en cuanto á sus derechos relativamente á la madre, ni invocar la aplicacion del art. 192 de nuestro Código, que dispone: que «el juicio que declara la filiacion natural, produce los efectos del reconocimiento.» El art. 180 del Código civil prohibe el reconocimiento de los hijos adulterinos, y el 193 la prueba de la maternidad, cuando produce el resultado de establecer una filiacion incestuosa ó adulterina. El juicio

será, pues, ineficaz, y el hijo natural no tendrá más accion que la de obtener los alimentos (1).

Estableciendo la hipótesis contraria, es decir, suponiendo que un italiano haya tenido de una extranjera un hijo natural, y que, segun la ley de la madre, sea permitida la indagacion de la paternidad, somos de parecer que la madre de este niño natural, para sostener la demanda de daños y de intereses contra el italiano acusado por ella de seduccion, no puede ser admitida ante nuestros tribunales para probar la paternidad de este hombre, si él no ha reconocido voluntariamente su hijo, á no ser en caso de rapto ó de violacion, cuando el momento de su perpetracion corresponda al de la concepcion.

Notemos, sin embargo, que cuando el padre pueda ser citado ante los tribunales del país extranjero, deberia admitirse la accion de la madre, conforme á las disposiciones de la ley de su país. Puede tambien surgir la difícil cuestion de si un italiano convencido ante un tribunal extranjero de haber tenido comercio con una mujer de este país y declarado padre del hijo deberia ser considerado como tal en Italia.

Nosotros sostenemos la afirmativa. Es verdad, en efecto, que nuestra ley no permite el reconocimiento forzado; pero tambien lo es que el reconocimiento que resulta de un acto auténtico es válido, ya sea que el documento haya sido redactado con el fin único de probarlo, ya que contenga acciden-

---

(1) Hé aquí los artículos citados por Fiore:

Art. 180. «No pueden, sin embargo, ser reconocidos: 1.° los hijos nacidos de personas una de las cuales estuviese, en la época de la concepcion, casada con otra diferente; 2.° los hijos de aquellas que no pudiesen contraer matrimonio por causa de parentesco ó de alianza, en línea directa hasta el infinito y en línea colateral hasta el segundo grado.

Art. 193. En el caso en que estuviese prohibido el reconocimiento, no se admite nunca al hijo á la indagacion de la paternidad ni de la maternidad. Sin embargo, el hijo natural tendrá derecho á los alimentos: 1.° cuando la paternidad ó la maternidad resulte indirectamente de un juicio civil ó criminal; 2.° de un matrimonio nulo; 3.° de una declaracion expresa y por escrito, del padre ó de la madre.»

talmente, por suposiciones simplemente enunciativas, el reconocimiento de una manera inequívoca. Por esto es por lo que el legado en favor de un individuo que el testador califica de su hijo natural, cuando dicho legado se hace en un testamento público, constituye un reconocimiento válido, y por la que la confesion probada por el juez constituye un reconocimiento auténtico.

Del principio que la investigacion de la paternidad no es permitida entre nosotros, no puede deducirse que no deba serlo con detrimento de uno de nuestros conciudadanos en un país extranjero, y que la declaracion del hecho mismo ante el magistrado del país en donde se ha realizado no constituya un reconocimiento auténtico; luego el reconocimiento es válido en Italia.

143. Es discutible, sin embargo, si aquel cuya paternidad se ha reconocido, y si sus herederos y sucesores universales pueden en su nombre ejercitar en Italia una accion de nulidad fundada en que el reconocimiento en país extranjero se habia verificado á consecuencia de violencia. Es verdad que el reconocimiento, como cualquier otra manifestacion de la voluntad, debe estar exento de violencia; es tambien cierto que no pueden considerarse como actos de violencia, acciones legalmente ejercitadas, y, por consiguiente, que el reconocimiento de la madre, provocado por actos judiciales ó extrajudiciales, no podria ser objeto de una accion de nulidad en Italia, en donde es permitida la indagacion de la maternidad. Podria empero, dudarse que el reconocimiento hecho por un padre italiano en un país extranjero cuya ley permita de una manera absoluta la indagacion de la paternidad, pueda ser considerado como nulo por causa de violencia cuando se hubiese verificado mediante un procedimiento judicial. Aun se dudaria más si, segun el procedimiento del país de donde emana la sentencia, hubiera cierta facilidad en aceptar las pruebas de la paternidad, de suerte que la negativa de aquel contra quien se dirije la accion hubiera sido ilusoria, y que el italiano no tuviera otro medio de librarse de los procedimientos injuriosos y escandalosos de que era objeto, que declararse padre de una progenitura que probablemente no le perteneceria. La cuestion es muy grave. En nuestro juicio no siempre debe admitirse la accion de nulidad, porque, si bien es verdad que el reconocimiento debe ser libre, no se sigue que

deba ser espontáneo, y no pueda ser provocado por actos judiciales cuando estos son permitidos. Un italiano que ha tenido voluntariamente un comercio ilícito con una mujer extranjera en territorio tambien extranjero, debe soportar todas las consecuencias jurídicas que se derivan de este hecho; y si contra su voluntad ha sido obligado enseguida á reconocer á su hijo, no debe admitírsele á entablar una accion en Italia por la sola razon de que ha sido obligado por un procedimiento judicial. Las acciones legalmente ejercitadas no pueden ser consideradas como actos de violencia; éstas serán legales en el lugar donde se han proseguido; luego el reconocimiento no ha sido un efecto de violencia. Una sola excepcion admitimos, cuando el procedimiento del lugar en donde ha de pronunciarse el fallo, haga muy fácil la prueba y muy difícil la impugnacion de la paternidad; en este caso, puede sostenerse la opinion contraria. De cualquier modo, al magistrado de nuestro país que debe hacer ejecutoria la sentencia, es á quien corresponde pronunciar el juicio de ratificacion establecido por nuestro Código de procedimientos, antes de ordenar su ejecucion.

En el Código del Canton de Baud, hallamos una disposicion muy sábia. El art. 182, establece que todo hijo nacido fuera de matrimonio se atribuye por el tribunal al padre ó á la madre. El art. 197 dispone, que la accion de investigacion de paternidad, entablada por un ciudadano del Canton contra un extranjero, no se admitirá, aun cuando el extranjero confiese que él es el padre del niño, hasta que se establezca que la atribucion de paternidad que es consiguiente, es tambien válida en el país del padre extranjero. Fuera de este caso, el hijo pertenecerá á la madre sin perjuicio de la accion de indemnidad que podrá ejercitar contra el extranjero.

Los efectos que resulten del reconocimiento, deben determinarse por la ley de la patria del padre ó de la madre desde el momento en que uno ú otro ha reconocido su propio hijo. En su lugar oportuno trataremos de los derechos de sucesion del hijo natural.

144. El hijo natural reconocido puede ser legitimado cuando se realizan ciertas condiciones determinadas por la ley. En el antiguo derecho romano, la legitimacion propiamente dicha, era una institucion desconocida; el derecho imperial admite dos medios para legitimar los hijos nacidos del con-

cubinato: *per subsequens malrimoniun et per oblationem curiæ* (1). Justiniano agregó una tercera, la de *per rescriputm principis*, el cual podia ser obtenido por el padre cuando no le era posible casarse con la madre, ó por el hijo á la muerte del padre, cuando éste expresaba en su testamento el deseo de que el hijo le sucediese como hijo legítimo (2). La legitimacion, segun el derecho imperial, era uno de los medios de adquirir la patria potestad, y hacia *alieni juris* los hijos naturales qe eran *sui juris*. Sin embargo, solo cambiaba de condicion el hijo en cuanto á sus relaciones con el padre, pero no tenia ninguna especie de influencia en cuanto á las relaciones del mismo con su madre.

145. Casi todas las legislaciones modernas admiten la legitimacion; sin embargo, segun algunos, solo puede verificarse por subsiguiente matrimonio, como dispone el Código de Napoleon (art. 331), el Código belga (art. 331), el de la Luisiana (art. 217); el del Canton de Vaud (art. 178). Por el contrario, nuestro Código (art. 198), el Código holandés (artículo 330), el Código austriaco (art 162 y la ley de 9 de Agosto de 1854), y el Código prusiano (art. 601 á 604), admiten tambien la legitimacion por rescripto real. Segun el Código prusiano, el hijo puede ser tambien legitimado:

1.° Por sentencia judicial, cuando ha habido promesa de matrimonio (art. 491).

2.° Por declaracion del padre ante el juez, cuando ha habido promesa de matrimonio sin celebracion posterior (artículo 597).

3.° Por los tribunales superiores, cuando se trata de la legitimacion *ad delendum*, que es una legitimacion completamente especial, que tiene por fin asegurar al hijo una posicion social en la que su cualidad de ilegítimo seria un obstáculo á su mejoramiento. En algunos Estados, es desconocida la institucion de la legitimacion; por ejemplo, en Inglaterra, en Irlanda, en las posesiones inglesas de las Indias Occidentales, y en algunos países de la América Septentrional.

Notemos, por último, que en los países que admiten la legitimacion, hay una diferencia relativamente á los hijos que

---

(1) *Instit.*, § 13; *De nuptiis*, I, 10; Cód. lib. V tít. XXVII.
(2) Novel. 74, cap. II; Novel. 80, cap. IX y X.

pueden ser legitimados; por ejemplo, nuestro Código prohibe legitimar los hijos que no pueden ser reconocidos (art. 195), es decir, los hijos adulterinos y los nacidos de padres entre quienes no podría contraerse matrimonio, por razon de los lazos de parentesco y de alianza en línea recta hasta el infinito y en líneas colateral hasta el segundo grado (art. 180) (1). Segun el Derecho romano, solo los hijos procedentes del concubinato, que tenian un padre natural conocido, podian ser legitimados, pero no los bastardos, los adulterinos ni los incestuosos (2). Las disposiciones del derecho positivo, en cuanto á la forma de la declaracion del padre y á las conveniencias jurídicas que de la legitimacion se desprenden, son diferentes segun las diversas leyes.

146. Teniendo que determinar la ley que debe regir la legitimacion y las consecuencias jurídicas que de ellas se derivan, podemos proponer diferentes hipótesis: ó el hijo ha nacido en la patria del padre, en donde se ha verificado el subsiguiente matrimonio, y quiere hacer valer su estado de legitimado ó en la patria de la madre en donde la legitimacion no es permitida; ó bien el hijo ha nacido en el lugar en donde estaba domiciliado el padre, y donde éste ha contraido matrimonio; ó, por último, ha nacido en un lugar en donde era permitida la legitimacion y el subsiguiente matrimonio se ha contraido en un país en donde no lo era.

Las opiniones de los autores son muy diversas. Algunos, entre ellos Savigny y Rocco (3), dicen que debe tenerse en cuenta la ley del domicilio del padre al verificarse el matrimonio. Nosotros no participamos de esta opinion, porque, en el sistema que hemos seguido, deben arreglarse las relaciones de familia por la ley de la nacion del marido y no por la

---

(1) *Código civil italiano*, art. 195. «No pueden ser legitimados por subsiguiente matrimonio ni por real decreto, los hijos que no pueden ser legalmente reconocidos.»

(2) No podian ser reconocidos porque no tenian *pater certus*.

(3) Savigny, *Tratado de Derecho romano*, § 380; Rocco, l. c, parte 1.ª capítulo XXIII; Véanse además: Bouhier, *Coutummes de Bourgogne*, capítulo XXIV, § 112; Hertius, *De Collisione legum*, t. I, § 4; Froland, *Memoria*, cap. V, § 4; T. Voët, *Coment. ad Pand.*, lib. 1.º tit. IV, número 7, p. 40.

del lugar en donde esté domiciliado. Admitiendo la opinion de Rocco, se seguiria que un italiano ó un francés que hubiera procreado un hijo natural en su patria, con intencion de unirse en matrimonio con la madre de este niño, si estaba domiciliado en Lóndres al contraer dicho matrimonio, no podría legitimar á su hijo, porque la ley inglesa no admite la legitimacion por subsiguiente matrimonio. Pero, ¿con qué título se aplicaría la ley inglesa para determinar las relaciones de este indivíduo con su hijo, si la familia sigue la condicion del marido y del padre, y éste, aunque domiciliado en Lóndres, es siempre francés ó italiano?

Schæffner se expresa en estos términos: «La posibilidad de ser legitimado tiene tambien por condicion el nacimiento del hijo, y por eso es por lo que se necesita para ésta, como para cualquier otra relacion jurídica, tener en cuenta su comienzo: por consiguiente, las leyes del país en donde se ha verificado el nacimiento del hijo deben decidir exclusivamente si puede ó no ser legitimado por subsiguiente matrimonio (1).»

147. Nosotros no aceptamos esta opinion, por más que haya sido consagrada por los tribunales ingleses (2). El lugar del nacimiento puede ser un hecho absolutamente accidental. Desde el momento en que aquel se verificó, debe existir una relacion jurídica cierta y determinada entre el hijo y su padre, segun la cual debe estimarse si hay posibilidad de legitimacion por subsiguiente matrimonio. Hemos demostrado que el hijo natural reconocido sigue la condicion de su padre; ahora bien, si desde el momento del reconocimiento se convierten en jurídicas las relaciones naturales entre el padre y el hijo, la ley de la patria del padre es la que debe decidir si aquél puede ser legitimado por el subsiguiente matrimonio de las personas de quienes ha nacido y en qué circunstancias puede esto verificarse.

Aún ménos justificable seria la opinion de los jurisconsultos antiguos, que quieren dar la preferencia al lugar en donde se ha celebrado el matrimonio. «*Porro non tantum ipsi contractus ipsœque nunptiœ certis locis rite celebratœ ubique pro justis et válidis habentur, sed etiam jura et effecta*

---

(1) *Derecho internacional privado* § 57.

(2) Story. *Conflict. of Law,* § 87; Burge I, p. 102.

*contractuum et nunptiarum in iis locis recepta ubique, vim suam obtinebunt* (1).» Esta doctrina, adoptada por la Cámara de los Lores, en Inglaterra (2), la rechazamos en absoluto, porque la ley del lugar de la celebracion es la única aplicable á las cuestiones de forma y de solemnidades extrínsecas.

La legitimacion se funda, en general, sobre la ficcion jurídica de que el hijo ha sido concebido antes del matrimonio, pero con el pensamiento de contraerlo despues; y esta es la razon porque, aunque la legitimacion no tenga efecto retroactivo, es decir, que no se remonte al dia de la concepcion, ni al del nacimiento del hijo legitimado, sin embargo, por una ficcion jurídica, se relaciona el nacimiento con el matrimonio, se fija y produce las consecuencias jurídicas que le corresponden desde la fecha del mismo. No hay duda que esta institucion ha sido introducida en interés del hijo, y que produce un notable cambio de estado, porque hace que el hijo natural reconocido adquiera el título y la condicion de legítimo, *justi legitimi efficiuntur*. No debe, pues, aplicarse á ninguna otra ley que la de la patria del padre, que regula el matrimonio y las consecuencias jurídicas que de él se derivan, y que debe regir el estado del hijo natural reconocido.

Hallamos una decision absolutamente conforme con nuestra opinion en el caso siguiente: un tal Du Quesnay, de Picardía, y una tal Juana Perona Dumoy, de Flandes, dieron á luz en Francia un hijo natural. Los padres marcharon enseguida á establecerse á Inglaterra, en donde efectuaron el matrimonio. Surgió la cuestion de si el hijo natural podia considerarse en Francia como legitimado, y, por consiguiente, si podia apropiarse por sucesion de los bienes que en este país habia dejado su padre. Decidióse que el hijo no debia perder su natural capacidad para ser legitimado, y qué deberia tenerse en cuenta la ley del lugar de la celebracion del matrimonio cuando se tratase sólo de las solemnidades necesarias á éste (3).

(1) Huber, *De conflictu legum*, 1, 1, t. III, § 9.

(2) Story, § 93; Bourge, *Comm. on colon and foreing Law*, part. I, capítulo III, § 3.

(3) F. T. de la Goitiere, Journ. des princip. audien. Parl. t. III libro 2, c. 17.

148. La ley que rige la legitimacion es la que, en nuestro concepto, debe aplicarse para determinar las consecuencias jurídicas que de ella se derivan, no sólo en cuanto á los derechos que relativamente al hijo adquiere el padre, sino tambien respecto de los que aquél adquiere sobre los bienes de éste. Esta opinion es combatida por ilustrados jurisconsultos, que sostienen que, para los derechos reales que pueden derivarse de las calificaciones personales, debe aplicarse exclusivamente la *Lex rei sitæ*. Voet, Thomasius, Casaregi, Burgundius y los tribunales ingleses aceptan esta doctrina (1). En Italia es su mantenedor, entre los modernos, Rocco, que cita en su apoyo una sentencia del Tribunal civil superior de Nápoles (2).

Rocco admite la distincion entre el estatuto personal y el real, y dice que «deben buscarse los atributos particulares de ambos para definir cuál de ellos debe prevalecer. La legitimacion determina un atributo y una calificacion de la persona, y no debe concederla otra autoridad que la del lugar en donde la persona está domiciliada, porque es una consecuencia natural del estatuto personal; pero los efectos que de ella se derivan relativamente á los bienes tienen una relacion íntima con el estatuto real, y deben depender de la ley del lugar donde aquellos existen. Por consiguiente, para decidir si uno tiene la cualidad de hijo legítimo, es necesario recurrir á la ley de su domicilio. Calificado así con arreglo á esta ley para definir los derechos reales que de ella se derivan y la extension de esos derechos, hay que recurrir á la ley de la situacion de los bienes. En suma, la ley del domicilio da á la legitimidad la aptitud jurídica para gozar del derecho de sucesion, y el estatuto de la situacion de los bienes se la confiere realmente y regula sus condiciones concretas (3).»

Sin embargo, es necesario observar que la legitimacion no debe considerarse como un estado abstracto ó una pura ca-

---

(1) Voet. *ad Pand.* l. 1, t. IV, n. 7; Tomasius, Adicion á las notas sobre Huber, *De conflictu legum*; Casaregi *Stat civitat genue* (*De sucesione ab-intestato*); Burgundius tract. 1, n. 8, 10. 25 y 26.

(2) Rocco l. c. cap. XXIII y XIX, parte 1.ª

(3) P. 174 á 178, edicion de Liburna.

lificacion jurídica, sino como un estado del que se derivan ciertos efectos reales inseparables del mismo.

La legitimacion no solamente borra la mancha del nacimiento, sino que cambia la condicion del hijo natural, el cual, por una ficcion jurídica, se convierte en igual al hijo legítimo, como si hubiera nacido dentro del matrimono: *justi legitimi efficiuntur*. Admitido que el estado de la persona debe ser determinado por la ley nacional de cada uno, y que la persona tiene, segun la ley de su patria, el estado de hijo legítimo, y, como consecuencia, ciertos derechos sobre los bienes de su padre, se sigue que, como el estado debe ser reconocido en todas partes, los derechos á él anejos deben tambien ser por doquiera respetados.

No admitimos, pues, la idea de la realidad, segun la escuela antigua, y creemos que la misma ley que arregla las relaciones recíprocas de los miembros de la familia debe tambien regir sus derechos sobre el patrimonio doméstico donde quiera que radique, con tal que no se lesionen la ley territorial de aquel ni su economía doméstica. Por lo demás, como el derecho más importante que se deriva de la legitimacion es el de poder suceder en los bienes del padre, trataremos más ámpliamente esta cuestion en su lugar oportuno (1).

149. Háse discutido si la legitimacion *per rescriptum principis* debe ser eficaz en todas partes, como la *per subsequens matrimonium*, y algunos autores han sostenido que la legitimacion adquirida en virtud de un privilegio concedido por la autoridad soberana, solo puede tener efecto en territorio del soberano que ha concedido el beneficio (2); pero nosotros, apoyándonos en la autoridad del jurisconsulto napolitano (3), somos de parecer que hay que decidir con arreglo á la ley personal si el hijo es ilegítimo, natural, legítimo, ó legitimado, y que debe reconocerse por doquiera el estado de cada uno, tal como se halla establecido por su ley. Si segun la de

---

(1) De *Chassat*, *De los estatutos*, § 219.

(2) Rocco, parte 1.ª cap. 23.

(3) Véase el libro II, seccion 3.ª

la patria del individuo, la ficcion legal por la cual *justi legitimi efficiuntur* puede ser efecto de un rescripto del príncipe, aquel que ha adquirido el estado de hijo legítimo por un acto de la autoridad soberana, debe ser como tal reconocido en todos los países, no porque el soberano tenga autoridad en el extranjero, sino porque el estado de la persona debe ser reconocido universalmente.

# CAPÍTULO X.

## DE LA ADOPCION.

**150.—Carácter de la adopcion en los tiempos modernos.—151. Exámen de la cuestion sobre si el extranjero puede adoptar ó ser adoptado.—152. Adopcion del hijo natural de un extranjero.—153. Efectos que se derivan de la adopcion.—154. Exámen de la cuestion sobre si el adoptado adquiere la nacionalidad del adoptante.**

150. La adopcion es un hecho jurídico solemne; mediante el cual se establece entre dos personas una relacion meramente civil, análoga á la que resulta de la paternidad y de la filiacion legítimas. Desde los tiempos más antiguos hallamos esta institucion entre los egipcios, los griegos y los romanos (1). Estos, sobre todo, recurrieron frecuentemente á la adopcion por muchas razones, siendo la principal la de perpetuar su nombre á falta de hijos, y mantener el culto doméstico de los *sacra privata*; y admitieron dos especies de adopcion, una para las personas *alieni juris*, y otra para las *sui juris*, distinguiéndolas con el nombre de adopcion propiamente dicha y de *arrogacion* (2).

En los Estados modernos, se ha modificado notablemente el carácter de esta institucion; pero es, sin embargo, reconocida por la mayor parte de las legislaciones, especialmente

(1) Grenier, *Disc. histor. sobre la adopcion.*
(2) Instit, *De adopcionibus*, lib. I, tít. II; Dig. *De adopcionibus et emancipacionibus*, lib. I, tít. VII.

despues que Francia ha introducido la adopcion propiamente dicha (1792), casi desconocida antes de la revolucion (1).

Examinemos ahora cuál debe ser la ley segun la que han de determinarse las condiciones, las solemnidades y los efectos jurídicos de la adopcion, y si nace de ella cambio de nacionalidad para el adoptado.

La adopcion debe considerarse como un convenio cuya existencia procede del consentimiento de las partes interesadas y de la cual se deriva un cambio de estado. Para todo lo que se refiere á la capacidad activa y pasiva del adoptante y del adoptado, debe tenerse en cuenta exclusivamente la ley de la patria de cada uno de ellos. Hay, en efecto, algunos Estados que no permiten la adopcion, como por ejemplo, Inglaterra, y las posesiones regidas por el *Common Law*, los Estados-Unidos de América, Holanda, el canton de Vaud (parte 1.ª, cap. IV, 10 y 11). Otros permiten la adopcion bajo ciertas condiciones. Así, por ejemplo, el Código italiano (art. 202) permite la adopcion de las personas de ambos sexos que no tengan descendientes legítimos ó legitimados, hayan cumplido 50 años y superen al ménos en 18 años de edad al que intenten adoptar (2). El Código francés (art. 343) exige que el

---

(1) Confr. *Nuevo Denizart*, t. I, v.º *Adopcion*, § 3, n. 1; Decreto de 25 de Enero de 1793.

(2) Hé aquí el art. 202 del Código civil italiano: «permítese la adopcion á las personas de ambos sexos que, no teniendo descendientes legítimos, tienen 50 años cumplidos, y superan por lo ménos en 18 á los que desean adoptar.»

Los autores del último proyecto sometido á la comision del Senado italiano habian rechazado sencillamente la adopcion; pero la comision creyó conveniente conservar una institucion conocida en Italia desde la más remota antigüedad, y suprimió en el nuevo Código la adopcion remuneratoria para conservar solo la adopcion ordinaria, y hasta han facilitado ésta, pues segun el nuevo Código, no hay necesidad de que el adoptado haya prestado algunos servicios al adoptante. Por lo demás, es desconocida la tutela oficiosa; puede adoptarse á un menor siempre que tenga 18 años cumplidos. Las formalidades de la adopcion se han abreviado mucho; el contrato pasa al escribano del tribunal de apelacion, y este tribunal falla sobre la conveniencia de la adopcion. V. Mr. C. Hue, *Estudio de legislacion comparada*, edicion de 1868, t. I, p. 92 y 93.

adoptado sea mayor de edad, y que el adoptante le supere en 15 años. El Código austriaco (art. 173), el prusiano (art. 668), y el bávaro prohiben la adopcion á aquel que ha hecho voto solemne de castidad, y el último de estos Códigos priva á la mujer del ejercicio deeste derecho (arts. 10 y 11) (1).

151. Algunos escritores establecen como regla genaral, que el exranjero no tiene capacidad activa ni pasiva para dotar ó ser dotado, porque el fin de esta institucion es el de crear relaciones merámente civiles de paternidad y de filiacion á imitacion de la naturaleza, y aunque se le deba considerar como un privilegio procedente de la ley, no puede gozar de ella nadie más que los ciudadanos. Sostienen esta opinion muchos jurisconsultos franceses para la adopcion dè los extranjeros en Francia (2), y está sancionada por el Tribunal de Casacion de París (3). Las principales razones aducidas son, que siendo la institucion de la adopcion un beneficio concedido por el Código civil, solo puede ser invocada por las personas que gozan de los derechos civiles; y, como el condenado á la muerte civil no puede válidamente adoptar, así el extranjero que no se halle en el caso excepcional previsto en los artículos 11 y 13 del Código de Napoleon, no tiene capacidad activa ni pasiva para la adopcion. Demolombe observa además, que, en la adopcion, el derecho de sucesion cede en beneficio del adoptado, y por más que la ley de 14 de Julio de 1819 concede á los extranjeros la facultad de suceder en Francia; sin embargo, considerando que de la adopcion no procede solo una simple indicacion de heredero, sino una institucion enteramente especial permitida por la ley civil, no pueden participar de ella los extranjeros hasta que una concesion tácita ó expresa les haya comunicado este beneficio (4).

En cuanto á lo que á la cuestion general se refiere, obser-

---

(1) Ant. de S. José, *Códigos extranjeros.*

(2) Delvincourt, t. I, p. 417; Merlin *Quest.*, v. *adopcion*; Duranton, número 257; De Chassat, n. 125; Fœlix, n. 36; Marcadé, art, 346; Dalloz, v.° *adopcion* n. 111.

(3) Casacion francesa, 5 de Agosto de 1823 (Dugied; Sirey, 1823; I, 353), 7 de Junio de 1826 (Canillac; Sirey, 1826, I, 330).

(4) Demolombe, l. c., n. 48; Publícacion de las leyes n. 145.

vamos que, entre los romanos estaba con razon prohibido adoptar un extranjero ó ser adoptado por él, porque no era posible ningun parentesco civil ó *agnacion* entre un ciudadano romano y un peregrino, y además la adopcion era un medio de adquirir la patria potestad, derecho exclusivo del ciudadano romano del que no podian participar los extranjeros, y que la forma de la triple *mancipatio* y de la *cessio in jure* (1), exigida antes de Justiniano para la adopcion propiamente dicha, no era permitida á los extranjeros. Estudiando las modificaciones que ha sufrido esta institucion en los tiempos modernos, no hallamos razon para impedir á los extranjeros gozar de sus beneficios.

En efecto, la adopcion es una relacion jurídica esencialmente consensual, cuya esencia procede del concurso de dos voluntades, una de las cuales se propone asumir la cualidad de padre, y la otra aceptar la de hijo adoptivo. Algunas leyes, como por ejemplo, el Código prusiano (art. 714), disponen formalmente que la adopcion puede ser revocada con el consentimiento de las partes interesadas y con la sancion del Tribunal superior: nuestro Código nada dice sobre esto, y si bien puede discutirse sobre la revocabilidad de la adopcion por el consentimiento de las partes, es, sin embargo, indudable que la naturaleza propia de tal institucion es la de un convenio, y que no puede ser un obstáculo la diferencia de nacionalidad entre el adoptante y el adoptado.

No intentamos discutir la cuestion especial de la adopcion en Francia; queremos solo hacer notar que, aunque los extranjeros no gozan allí de todos los derechos civiles como los franceses, son, sin embargo, admitidos á gozar de todos los derechos civiles que la ley no les prohibe; y puesto que, entre los requisitos exigidos por el Código de Napoleon para adoptar ó ser adoptado, no se halla el de ser ciudadano de la misma patria, se puede sostener que el extranjero tiene en Francia la capacidad de adoptar. Esta es tambien la opinion de notables jurisconsultos tales como Valette, Zacarías, Dragoumis, Demangeat (2), y entre ellos este último dice, con

(1) Gaio, I, § 134; Ulp. VIII, 5; X, 1; Aulo Gelio, lib. V. cap. XIX.

(2) Vallette, sobre Prudhon, t. I, p. 177; Zacarías, § 78; Demangeat, *Condicion civil de los extranjeros en Francia*, p. 362; Dragoumis, *Condicion del extranjero en Francia*, p. 37.

mucha razon, que, querer sostener hoy que no puede verificarse el contrato de adopcion entre un francés y un extranjero, es una teoría en cuyo apoyo no pueden emplearse más que palabras y fórmulas vacías de sentido. Si una extranjera puede gozar de todos los efectos civiles casándose con un francés, y si las relaciones de la paternidad y de la filiacion pueden derivarse del matrimonio y de la adopcion, no hay razon para negar el segundo medio á los extranjeros, mientras que las leyes no lo hayan expresamente declarado (1).

De cualquier modo, si se quiere discutir en Francia la eficacia de las adopciones respecto de los extranjeros, en Italia hace imposible toda cuestion el art. 3.° del Código civil, que concede al extranjero todos los derechos atribuidos á los ciudadanos. Admitimos tambien que, áun cuando el adoptante y el adoptado sean extranjeros y de países diferentes, no podría impedírseles el acto solemne de la adopcion en Italia, siempre que sean capaces con arreglo á las leyes de su patria, y que uno de ellos esté domiciliado en el reino, á fin de establecer la competencia de nuestros magistrados. En efecto, para todo aquello que se refiere á su condicion de relacion consensual, puede subsistir la adopcion en todos los países en que la ley reconozca esta institucion. Un inglés domiciliado en Italia no podría adoptar, porque esta relacion quedaria

(1) La opinion que admite que el extranjero puede en Francia adoptar y ser adoptado es seguramente la más sencilla, la más lógica y la más equitativa.

Los extranjeros gozan en Francia de los derechos civiles que no les están negados por un texto formal de la ley. La consecuencia de esta doctrina es, que un extranjero puede ser parte en un contrato de adopcion. ¿Qué inconveniente puede, por otra parte, resultar de un acto de esta naturaleza, sometido siempre á la homologacion de los tribunales? Mr. Valette recuerda que hasta hay en este sentido, un precedente legislativo notable. «La Constitucion de 24 de Junio de 1793, dice, concedia formalmente los derechos de ciudadano francés á todo extranjero que hubiese *adoptado un hijo.*» (Curso de Derecho civil en la facultad de París, 1793, t. I, p. 467). Vivimos, además, en un tiempo de cosmopolitismo que debe excluir todas las restricciones, todas las incapacidades y todas las exclusiones en perjuicio de los extranjeros.

sin efecto segun la leyes de su patria; pero un francés puede muy bien adoptar á un austriaco, cuando se justifica que ambos poseen las condiciones exigidas por las leyes francesa y austriaca. Respecto á la forma de la adopcion, debe aplicarse el principio general, *locus regit actum.*

152. ¿Qué deberá decidirse en el caso en que un extranjero domiciliado en Italia quiera adoptar á un hijo natural reconocido? Con arreglo á nuestro Código civil, la cuestion no presenta ninguna dificultad; está resuelto textualmente por el art. 205, que prohibe adoptar á los hijos nacidos fuera de matrimonio (1). Nuestro legislador, que permite la legitimacion por subsiguiente matrimonio y por rescripto real, y que considera la adopcion como un medio para crear, por una ficcion, relaciones de paternidad ó de filiacion, prohibe, con razon, adoptar al hijo natural, con arreglo á las palabras de Cujas: «*Adoptio est actio legis qua qui filius meus non est ad vicem filii redigitur.*» Pero ante el Código francés la cuestion es de las más importantes bajo el punto de vista jurídico y social. Parecia que la jurisprudencia habia declarado válida la adopcion del hijo natural, porque 15 de los 19 tribunales imperiales habian consagrado esta adopcion, y porque el Tribunal de Casacion, al confirmar la decision de la mayoría de los tribunales imperiales, habia decclarado que el Código de Napoleon no se oponia á la adopcion del hijo natural (2). Posteriormente, oponiéndose el mismo tribunal á su propia doctrina, declaró que estaba prohibida semejante adopcion (3), y por último, ha vuelto á decretar que es permitida la adopcion del hijo natural reconocido (4).

Sin detenernos á discutir la cuestion bajo el punto de vista de tal ó cual ley positiva, nos contentamos con observar que, cuando existe, en el lugar en que se quiere adoptar, una ley absoluta y prohibitiva que impide la adopcion del hijo natural, debe el extranjero arreglarse á ella, sea cualquiera la ley

(1) La cuestion sobre si puede adoptarse un hijo natural reconocido está resuelta en sentido negativo por el art. 205 del Código civil italiano, segun el cual «los hijos nacidos fuera de matrimonio no puede ser adoptador por sus padres.»

(2) 28 de Abril de 1811, Dev. 1841, I, 273.

(3) 16 de Marzo de 1843, Dev. 1843, I, 177.

(4) 1.° de Abril de 1846, Dev. 1846, I, 273.

de su patria, porque esta disposicion debe considerarse como establecida para proteger la moralidad pública y las buenas costumbres, y es obligatorio para los ciudadanos y los extranjeros.

Discútese tambien acerca de si un sacerdote extranjero puede ser podre adoptivo en Italia. El Código austriaco (artículo 179), el Código prusiano (art. 670), y el Código bávaro (artículo 10), prohiben la adopcion á todos aquellos que tienen hecho voto de castidad; pero en Francia se discute acaloradamente la cuestion, y parece que la opinion que prevalece es, la de que el sacerdote puede ser padre adoptivo, porque en las leyes orgánicas del Concordato, y en los Cánones de la Iglesia sancionados por el legislador, no hay disposicion alguna que lo prohiba (1).

De cualquier modo, es necesario admitir que en Italia debe permitirse la adopcion al sacerdote extranjero, cuando su ley nacional no se oponga á ello, tanto más, cuanto que nuestra jurisprudencia ha decidido que no puede negarse el matrimonio civil al sacerdote católico.

153. Respecto de los derechos que proceden de la paternidad y de la filiacion adoptiva, y en lo tocante á las relaciones jurídicas del adoptado con el adoptante y con la familia de éste, debe aplicarse la ley nacional del último, mientras que, para arreglar los derechos y las obligaciones entre el adoptado y su familia natural, debe aplicarse la ley nacional de éste. Así, por ejemplo, si un cónyuge adoptase sin el consentimiento de su consorte, y si el adoptante fuese francés, podría anularse la adopcion, porque el art. 344 del Código de Napoleon dispone que ningun cónyuge puede adoptar sin el consentimiento del otro; pero si el adoptante fuese prusiano, seria la adopcion válida, porque el Código de este país dispone (art. 675) que, si el marido adopta sin el consentimiento de su mujer, la adopcion solo se considerará como no existente respecto de los derechos de la mujer en la sucesion del marido, y se considerará al adoptado con relacion á aquella, como hijo de otro matrimonio (art. 686). Si el adoptado

(1) Dalloz, v. Adopcion n. 99; Demolombe, Tratado de la adopcion número 54; Casacion francesa, 26 de Nov. de 1844 (Nouel), Dev. 1844 I, 801.

fuese un italiano menor no emancipado, su padre natural conservaría la patria potestad hasta que el hijo hubiese cumplido 21 años, porque segun nuestro Código, no parece que la adopcion confiera al adoptante la patria potestad; y por otra parte, el art. 212 establece que el adoptado conserva todos sus derechos y queda sometido á todos sus deberes hácia la familia natural.

154. Una de las cuestiones que pueden surgir relativamente á los efectos que han de derivarse de la adopcion, es la de si el adoptado adquiere la nacionalidad del padre adoptivo. Esta cuestion se ha discutido muy acertadamente por Rocco, á cuya opinion nos adherimos.

En el derecho positivo no hallamos principios contrarios que eviten toda controversia, porque entre los medios de adquirir ó perder la nacionalidad, ninguna legislacion ha comprendido la adopcion. Por una parte, considerando que la adopcion es una imitacion de la naturaleza, y que ha sido creada por un ficcion jurídica de las relaciones de paternidad y de filiacion; que el hijo legítimo sigue la del padre y adquiere por derecho de nacimiento su misma nacionalidad; que la mujer sigue la condicion del marido, de tal suerte, que la ley nacional de éste es la ley bajo que vive civilmente toda la familia; que habría graves inconvenientes en que los miembros pertenecientes á una misma familia tuviesen diferentes nacionalidades, lo cual impondría en algunos casos deberes políticos opuestos y contrarios: parece que debería admitirse, para que la imitacion fuese completa, que la adopcion trae consigo el cambio de nacionalidad del adoptado. Mas, por otra parte, considerando que, segun el espíritu de las modernas legislaciones, la adquisicion y la pérdida de la nacionalidad solo puede depender de la libre voluntad del individuo, porque la nacionalidad es un derecho eminentemente personal y del que solo puede disponer la persona misma, que se confiere al hijo legítimo y á la mujer casada el beneficio de la nacionalidad paterna, porque esta se presume elegida por la mujer y hasta por los hijos; que para los efectos civiles que de la adopcion se desprenden no es necesario que el hijo adoptivo adquiera la nacionalidad del padre ni que el cambio de nacionalidad se haga depender, *ipso jure ipsoque facto*, de la adopcion: por todas estas razones somos de parecer que el hijo adoptivo conserva su nacionalidad de

origen, mientras que no declare libremente que quiere adquirir la de su padre (1).

Rocco cree, sin embargo, que la adopcion confiere un derecho imperfecto á la nacionalidad paterna; y que, para sustituir la patria adoptiva por la nativa, no son necesarias las formas ordinarias de la naturalizacion, sino que basta hacer la declaracion delante del funcionario encargado del registro civil, y trasladar al reino su domicilio. La imitacion de la naturaleza, dice, seria muy imperfecta, si no se facilitara la homogeneidad de la vida pública y privada (2).

---

(1) Confróntese Fœlix, n. 36, Derecho internacional privado, y la nota *a* de Demangeat.

(2) Rocco, primera parte cap. XVII.

Es muy difícil sostener esta opinion. ¿Como admitir, por ejemplo, que si la ley personal del extranjero le permite adoptar un individuo perteneciente á otra nacion, el adoptado francés se convierte en súbdito de la nacion de que lo es el adoptante extranjero? ¿Es imposible sostener que el francés que ha consentido en esta adopcion haya abdicado de su patria y adquirido una nueva, lo mismo que aquel que adquiere carta de naturaleza en país extranjero? Lejos de hacer perder la patria, la adopcion no priva siquiera al adoptado de su familia natural. Conserva en ésta todos sus derechos; hereda de sus padres; no está sometido á la patria potestad del adoptante; si su padre y su madre han muerto, corresponde á la familia del adoptado, y no al adoptante, dar el consentimiento para el matrimonio; el adoptado continúa sometido á la obligacion de suministrar los alimentos á sus ascendentes, etc., etc. ¡En cuanto á la *imitacion de la naturaleza* que tanto preocupa á Rocco, ya sabemos que hasta los mismos romanos comerciaban con esta ficcion. La cuestion expuesta aquí de una manera tan precisa por Fiore, está tratada en la obra de Fœlix, anotada por Mr. Demangeat, edicion de 1866, tomo I, p. 97, 98, 109 y 110.

(*N. de P. F.*)

## CAPITULO XI.

### DE LA PATRIA POTESTAD.

**155. Carácter de la patria potestad en los tiempos modernos.—156. Ley que debe arreglar su ejercicio.—157. Su duracion.—158. Crítica de la opinion de los que quieren hacerla depender de la ley del domicilio.—159. Efectos de la patria potestad y ley que debe arreglarlos.—160. Derecho de correccion segun las diferentes leyes.—161. Al ejercicio de este derecho debe aplicarse la ley del domicilio actual del padre.—162. Efectos relativos á los bienes.—163. Opinion de los autores relativamente al derecho del usufructo legal.—164. Nuestra opinion.—165. Ley que debe regir la emancipacion legal en caso de matrimonio.**

155. La patria potestad, en la más ámplia significacion de esta expresion, comprende el conjunto de derechos que pertenecen al padre y á la madre sobre la persona y los bienes de sus hijos y nietos. En la significacion más restringida y jurídica, designa los derechos y los deberes que la ley confiere é impone al padre y á la madre, en cuanto á la persona y bienes de sus hijos menores no emancipados. En este sentido es en el que aquí nos ocuparemos de la patria potestad, indagando cuál es la ley que debe regir los efectos jurídicos que de ella se derivan.

Creemos oportuno decir, en primer lugar, que la institucion de la patria potestad ha perdido en la mayor parte de las legislaciones modernas el carácter autoritario riguroso que tenia en la legislacion romana. Nada hay en ella que se pa-

rezca al antiguo poder quiritario, en virtud del cual disponia el padre de la persona y bienes de sus hijos (1); no corresponde á ese poder exorbitanto que, segun la legislacion de Justiniano pertenecia solamente á los ciudadanos romanos (2), sino que se la considera como una poderosa proteccion organizada por la ley en interés del hijo, para preservar la moralidad y el órden en la familia. Notemos, sin embargo, que las disposiciones del derecho positivo son muy diversas segun las diferentes ideas que se han formado del poder doméstico, de la personalidad jurídica de la mujer, de la recompensa mayor ó menor que se ha querido conceder al padre por su cuidado, por la educacion de su hijo, y de la mayor ó menor necesidad de la asistencia paterna.

156. Como regla general, sentamos el principio de que la patria potestad debe depender únicamente de la ley nacional de la familia. Fúndase, en efecto, en las relaciones de paternidad ó de maternidad y de filiacion, naturales ó procedentes de una ficcion política; por consiguiente, la misma ley que rige estas relaciones debe regir la adquisicion de la patria potestad y la persona á quien se atribuye su ejercicio.

Bajo esta relacion varían las disposiciones del derecho positivo. Segun el derecho romano, para adquirir potestad y poder gozar de ella, era necesario ser ciudadano romano, *sui juris*, y tener la paternidad procedente de las *justæ nuptiæ*; la madre no tenia sobre sus hijos patria potestad. Esta disposicion se conserva aún en los paises regidos por el derecho escrito en el Código austriaco y en el de Baviera (l. 1.ª c. V. número 1), mientras que en el derecho consuetudinario se ha conferido tambien la patria potestad á la madre, con la restriccion de que, durante el matrimonio, solo el padre es el llamado á ejercerla, y lo mismo sucede segun el Código de Napoleon (art. 371 al 373), el Código holandés (art. 335) y el italiano (art. 220) (3).

(1) C. *De patria potestate*, 8, 47; Aulo Gelio V. 19.

(2) Instit. § 2.º *De patria potestate*, 1, 9. Gayo, Coment. I § 35.

(3) Art. 220. «El hijo debe en todo tiempo honrar y respetar á su padre y á su madre. Permanece bajo su autoridad hasta que llega á su mayor edad ó á su emancipacion. Durante el matrimonio, esta autoridad es ejercida por el padre, y en caso de imposibilidad por la madre; despues de la disolucion del matrimonio, la patria potestad es ejercida por el cónyuge que sobrevive.»

157. Respecto de la duracion de la patria potestad, es necesario tener solo en cuenta la ley nacional del padre. Segun el derecho romano, cesaba ésta por la muerte, por la pérdida del derecho de ciudad y por la pérdida de la libertad de aquél á quien pertenecia, ó bien cuando la persona sometida á la patria potestad estaba investida de ciertas funciones sagradas, era declarada *sui juris* por medio de la emancipacion, ó adoptada etc. (1). Segun nuestro Código, cesa por la muerte natural del padre y de la madre, por efecto de una condenacion criminal y por una ausencia (art. 241), y dura hasta la mayor edad (los 21 años) ó hasta la emancipacion (artículo 220), que tiene lugar de pleno derecho por el matrimonio del menor (art. 346), ó se realiza por la voluntad de los padres cuando el hijo ha cumplido 18 años (art. 311). En el Código de Napoleon se hallan disposiciones casi iguales á éstas (arts. 372, 476 y 477), así como en el Código holandés (artículos 354 y 480). Por el contrario, segun el Código de Baviera, la patria potestad se ejerce por el padre sobre los hijos y sobre los descendientes de los hijos, mientras que el padre de estos no se haya emancipado. Segun el Código prusiano, cesa la patria potestad cuando, siendo el hijo mayor de edad, deja la casa paterna ó ejerce un empleo público; pero continúa cuando el hijo se casa, si éste no tiene un estado particular y distinto (art. 210). La emancipacion solo puede consentirse cuando el hijo tiene 20 años; en este caso no puede el emancipado disponer de sus bienes inmuebles. Segun el Código austriaco cesa la patria potestad al llegar el hijo á la mayor edad (24 años cumplidos), ó por el consentimiento del padre autorizado por el tribunal, ó por la emancipacion que puede verificarse á los 20 años (arts. 174, 247 á 252). En ciertos casos puede suspenderse la patria potestad (art. 176).

A pesar de tan gran variedad en las disposiciones del derecho positivo, nadie desconocerá que esta institucion jurídica está organizada por cada legislacion de modo que subordine todos los derechos del padre al deber que tiene hácia su progenitura, ya como tutor natural, ya como educador, y revela las costumbres y el carácter de los diversos pueblos, en relacion estrecha con el sistema de legislacion porque se rige

(1) *Instit. quibus modis jus patriæ potestatis solvitur*, lib. I, tít. XII. Gaius, *Coment.*, I, § 136.

cada uno, y sin embargo, no puede esta institucion regirse por otra ley que por la de la nacion del padre.

158. Los que se esfuerzan en combatir esta opinion, sosteniendo que debe aplicársele la ley del domicilio, no se cuidan de la naturaleza ni del carácter de esta institucion, y dan lugar á muchos equivocos. ¿De qué domicilio pretenden hablar? Unos designan el domicilio donde se verificó el nacimiento del niño, porque bajo esta ley es bajo la que comienzan las relaciones de paternidad y de filiacion; pero, si se admitiera esto, se seguiria de aquí que, si los hijos habian nacido en países diferentes, estaria completamente fraccionada la unidad del régimen de la familia, y la patria potestad se regiria por diversas leyes. Uno seria *sui juris* á los 21 años, otro á los 25; y para contratar con dos hermanos, seria necesario pedirles su partida de nacimiento. Otros dicen que debe tenerse en cuenta únicamente la ley del domicilio matrimonial. Pero con esto no desaparecen los inconvenientes, porque puede suceder que el padre cambie el domicilio matrimonial, y si se supone que unos hijos han nacido en el primer domicilio y otros en el segundo, tendríamos la misma confusion. Además, si una familia italiana traslada su domicilio matrimonial al Tirol austriaco ó al canton del Tesino, ¿con qué títulos se aplicaria la ley austriaca ó la del canton para determinar los derechos de un padre italiano sobre su hijo, que tambien lo es, estando ambos bajo la proteccion de nuestras leyes? Notemos, por último, que el hijo de familia oscilaria constantemente, y que si el padre queria aprovecharse de un derecho más ámplio sobre la persona y los bienes de su hijo, podria hacerlo con un simple cambio de domicilio. Exponiendo esta doctrina, que se complica cada vez más cuando se trata de distinguir los derechos adquiridos en el antiguo domicilio y los que comienzan á existir en el nuevo, exclama con razon el mismo Boullenois: ¡*Qué horrible confusion*! ¡*Qué embarazo*! (1).

159. En cuanto á los efectos que de la patria potestad se derivan, creemos indispensable hacer alguna distincion; y pueden clasificarse en efectos relativos á la persona y efectos relativos á los bienes. Los primeros pueden subdividirse en dos categorías: los que se derivan de la asistencia que debe

(1) De la *personalité et realité*, t. II, p. 35.

prestar el padre como tutor legal de la persona del hijo, como son, por ejemplo, las disposiciones de nuestro Código: el hijo que quiere contraer matrimonio necesita el consentimiento de sus padres (art. 63). El padre superviviente puede nombrar un tutor al hijo por acta notarial (art. 242) (1). El hijo que quiera ser adoptado, necesita el consentimiento de sus padres, (art. 208), etc., y las disposiciones análogas de los demás Códigos. Estos efectos deben arreglarse á la ley nacional del padre.

160. La otra categoría comprende los derechos que tiene el padre sobre la persona del hijo, correlativos con la obligacion de éste á obedecerle. Teniendo estos derechos por objeto arreglar la disciplina de la familia y el ejercicio del poder doméstico, deben regirse por la ley del lugar en que el padre tiene su domicilio actual. Las disposiciones del derecho positivo son, en efecto, muy diversas. El Código italiano concede al padre, que no puede dominar los extravíos de su hijo, el derecho de alejarlo de la familia, señalándole, con arreglo á sus recursos, los alimentos necesarios, y en caso de necesidad, recurrir al presidente del tribunal para colocarlo en el establecimiento de educacion ó de correccion que estime más propio para corregirlo (art. 222) (2). El Código de Napoleon

---

(1) «El hijo que no tenga 25 años cumplidos, dice el art. 163 del Código civil italiano, ó la hija antes de los 21, no pueden contraer matrimonio sin el consentimiento paterno y materno. Si no están de acuerdo, basta con el consentimiento paterno. Si uno de los dos ha muerto ó se halla imposibilitado para manifestar su voluntad, basta con el consentimiento del otro. En cuanto al matrimonio del hijo adoptivo que no hubiese cumplido aun los 21 años, es tambien necesario el consentimiento del padre adoptivo. «El art. 242 dispone que, «el derecho de nombrar un tutor, pariente ó extraño, pertenece al cónyuge que sobreviva. El nombramiento debe hacerse por acta notarial ó por testamento.»

(2) Segun este artículo «el padre que no puede reprimir los extravíos de su hijo, puede alejarlo de la familia, señalándole, con arreglo á sus recursos, los alimentos extrictamente necesarios; puede además, recurriendo al presidente del tribunal, si hubiere lugar á ello, encerrarlo en una casa ó en un establecimiento de educacion ó de correccion; para ello puede pedirse verbalmente autorizacion, y el presidente proveerá, sin ningun género de formalidades escritas y sin expresar los motivos de su decision.

dá al padre la facultad de mandar arrestar á su hijo, cuya órden de arresto puede reclamarse, segun las circunstancias, por vía de autoridad, y expedida sin conocimiento de causa por el presidente del tribunal, ó pedida por instancia, y concedida ó negada con conocimiento de causa por el presidente del tribunal, oido el parecer del procurador régio (arts. 375 á 378). El Código holandés tiene disposiciones análogas (artículo 357); el Código austriaco hace intervenir la autoridad solo para obligar al hijo á volver á entrar en la casa paterna, y confia al padre el poder de corregirle, pero con moderacion (art. 145). El Código prusiano dá al padre facultad para corregir á su hijo por medios que no sean perjudiciales á la salud, *modicis virgis* (art. 86), y de reclamar, cuando lo considere necesario, la asistencia del Tribunal de tutela. Para poder mandar encerrar al hijo en la casa de correccion, exige la autorizacion del ministro de Justicia ó la del rey (ordenanza del 11 de Marzo de 1806 (1).

161. El extranjero domiciliado en Italia no tiene otro derecho de correccion que el que le concede el art. 222 de nuestro Código civil. En vano invocaria las leyes de su patria para ejercer más ámplios poderes. El art. 11 del referido Código dice claramente que las leyes de policía y de seguridad pública, obligan á todos aquellos que se encuentran en el territorio del reino. Entiéndese por leyes de policía, no solo las sancionadas como medios de represion penal, sino todas las leyes prohibitivas ó imperativas que tienen por objeto la seguridad de las personas y de la propiedad, y el mantenimiento del órden; por consiguiente, las leyes del derecho civil que regulan el poder de los padres, de las madres ó de los tutores sobre sus hijos ó pupilos, lo mismo que las que determinan el poder del marido sobre la mujer, ó las que imponen á ciertas personas la obligacion de los alimentos, son leyes de policía que obligan á todos los habitantes del territorio y no pueden ser violadas en virtud de una ley extranjera (2).

---

(1) Antoine de Saint-Joseph, *Codes etrangers.*

(2) No hay caracteres generales á que amoldar precisamente las leyes de policía y de seguridad. A los magistrados es á quienes corresponde juzgar por la apreciacion del mayor ó menor trastorno que resulte de su infraccion, si tal disposicion legislativa ó reglamentaria obliga á los extranjeros en Francia, en virtud del art. 3.° del Código

162. Respecto á los efectos de la patria potestad relativamente á los bienes del hijo de familia, notemos que, segun el antiguo derecho romano, era aquél incapaz de adquirir ninguna clase de propiedad (1). Constituia con el padre una sola persona, y por consiguiente, todos los derechos patrimoniales estaban concentrados en la persona del *pater-familias*. Estas reglas tan rigorosas fueron modificadas en la época

---

civil francés. Seria, por otra parte, un error creer que, bajo la expresion de leyes de policía y de seguridad, no se entiende hablar de leyes criminales ó de justicia represiva (*Discusion en el Consejo de Estado*, Locré, II, pág. 69, núm. 14). Compréndense en estas leyes todas las que tienen por objeto la seguridad de las personas y de las propiedades y el mantenimiento del buen órden; poco importa que sean prohibitivas ó imperativas, ni que sus disposiciones estén ó no sancionadas por la represion penal. Las leyes del derecho civil que entran en esta categoría, son por punto general: las concernientes á los actos del estado civil, las que arreglan los poderes del marido sobre la persona de su mujer, de los padres y de las madres, ó de los tutores sobre la persona de sus hijos ó pupilos; las que imponen á ciertas personas la obligacion de suministrar alimentos; las que prohiben la poligamia ó los matrimonios entre parientes próximos, y las relativas á la interdiccion, por lo ménos en cuanto esta medida interese á la seguridad pública (Zacarías, edicion de Aubry y Rau, 1856, t. I, página 71). «Al hablar del § I del art. 3.º: *Las leyes de policía y de seguridad obligan á todos los habitantes del territorio*, dice Valette, debe entenderse el texto en su sentido más ámplio. Cuando los extranjeros recurren á los tribunales franceses para ventilar sus derechos de estado ó de familia, se los remite generalmente á los tribunales de su país para que decidan sobre este asunto; pero esto no impide tomar medidas provisionales, con un fin preventivo, que se refieren más ó ménos á los principios del art. 3.º Si se trata de una demanda de separacion corporal, se autorizará á la mujer para que abandone el domicilio conyugal, si en él corre peligro. Si no se dan tutores á los menores extranjeros, se proveerá, por lo ménos provisionalmente, á la administracion de su persona y de sus bienes. Así, pues, se consideran con frecuencia, bajo este aspecto, como franceses, á los menores extranjeros cuya familia se desconoce ó cuyos padres no tenian intencion de volver á su país, y se procederá como en los demás casos. (*Curso de Derecho civil*, edicion de 1873, II, págs. 31 y 32).

(*N. de P. F.*)

(1) Instit, *De inutilibus stipulationibus*, lib. III, § 19.

del imperio con la introduccion de los peculios *castrenses* y *cuasi-castrense*, y más aún cuando instituyó Constantino el peculio *adventicio* (1), cuyo primer ejemplo tuvo lugar bajo el reinado de Adriano (2). Despues de esta época no ha sido llamado el padre á adquirir la propiedad de todos los bienes del hijo; y en cuanto al *peculio adventicio*, designado por la expresion *bona quæ patrii non ádquiruntur*, el padre tiene algun provecho durante su vida, y ordinariamente el usufructo y la administracion (3). Estos principios han sido aceptados con algunas modificaciones por muchos legisladores modernos que, declarando al padre representante legal de los hijos nacidos ó por nacer, en lo tocante á todos los actos civiles, lo han considerado en consecuencia solo como administrador de los bienes del hijo, y algunas legislaciones le han concedido el usufructo de dichos bienes hasta que el hijo se haya emancipado ó llegado á la mayor edad.

163. Para determinar la ley que debe arreglar los efectos de la patria potestad relativamente á los bienes, se han esforzado los jurisconsultos para examinar, si los estatutos son reales ó personales. Bretonnier dice que, siendo la patria potestad una relacion personal, los estatutos son, por consiguiente, completamente personales, y que esto mismo sucede con relacion á los efectos que de ellos se derivan sobre los bienes del hijo, y á los derechos que el padre tiene para administrarlos, para aprovecharse y gozar de ellos. Por lo demás, dice el autor precitado, solo se trata de los productos que, siendo cosas muebles, deben regirse por la ley perso-

---

(1) *Dig. De peculio*, 15, I; *De castrensi peculio*, 49, 17, *Cod. de mater bon.*, VI, 60.

(2) L. 50, Dig. 38, I.

(3) Fiore alude aquí á la condicion del *peculio adventicio* de que el hijo de familia tenia la propiedad nuda, y el padre el usufructo. En caso de emancipacion del hijo de familia, antes de Justiniano podia el padre emancipante tomar en plena propiedad una tercera parte de este peculio, *cuasi pro-pretio quodam modo emancipationis*. Justiniano dispuso que, en adelante, pudiese el padre retener solamente la mitad del usufructo. (*Instit.*, *Per quas personas nobis adquiritur*, lib. II, título IX, § 2).

(*N. de P. F.*)

nal del padre (1). Hertius, Argentré y Bouhier, participan de la misma opinion (2). Froland sostiene, por el contrario, que los estatutos que regulan la patria potestad sobre los bienes inmuebles del hijo son reales, y por consiguiente, que no pueden tener valor fuera del territorio (3), y deben ser regidos por la *lex rei sitæ*. Esta doctrina está sancionada por el *Common Law* y por la jurisprudencia inglesa. En virtud del principio general que todos los derechos, de cualquier naturaleza que sean, sobre la propiedad inmueble situada en Inglaterra, deben ser regidos por la ley inglesa, han decidido los tribunales que los efectos de la patria potestad sobre los bienes inmuebles deben regirse exclusivamente por el *Common Law* (4).

Merlin expone una opinion intermedia. Dice que los estatutos que determinan el estado ó situacion del hijo de familia no emancipado, y los que le declaran incapaz para ciertos actos, son personales y deben valer en todas partes. Pero los que conceden al padre la administracion y el goce de los bienes del hijo, no son absolutamente personales, porque no producen ninguna capacidad ó incapacidad para el hijo de familia; y no son reales, porque son una cosa accesoria de la patria potestad, y no pueden subsistir sino en virtud de la ley que rige la misma patria potestad. Esta puede, en efecto, subsistir, sin el usufructo, que es un accesorio; pero el usufructo no puede existir sin la patria potestad, que es lo principal. El estatuto es, pues, personal-real, y por consiguiente, no puede el padre gozar de tales derechos, si no le son concedidos por la ley que rige la patria potestad y por la del lugar en que radican los bienes (5).

La misma opinion sustenta Rocco, el cual concluye de la manera siguiente: «Para conocer si el usufructo se divide ó

---

(1) Henrys, *Obras*. por Breronnier, t. II, p. 720; véase á Boullenois, *Observ*. 32, p. 46.

(2) Hertius, *Opera de colisione legum*, § 4, n. 17 y 22; Bouhier, Cout. de Bourg., cap. 23, § 37 á 87: Argentré, de *Briton leg. des. nonations* artículo 218, glosa 6, n. 7.

(3) Memorias 69, 39 y 60.

(4) Story, l. c. § 463.

(5) Merlin, repert., *Puisance Paternelle*, § 7.

no, y de qué manera y en qué límites, es necesario ante todo indagar y establecer el poder de los padres sobre sus hijos, el cual depende de la ley del domicilio de éstos, y por consiguiente, el usufructo legal debe depender de la ley del domicilio. Pero el usufructo es un efecto real del estatuto, no tiene para nada en cuenta el estado de la persona, y bajo esta relacion, solo puede ser conferido por la ley del lugar en que están situados los bienes á cuya posesion se aspira. En resúmen, el estatuto del domicilio dá la aptitud para gozar de ellos, y el del lugar en que los bienes radican, la concede realmente y regula sus condiciones (1).»

Zacarías dice en absoluto que los padres y madres extranjeros no pueden, en virtud del art. 384 del Código de Napoleon, ni en virtud de su ley nacional, reclamar el usufructo legal sobre los bienes que sus hijos poseen en Francia (2).

---

(1) Parte III, cap. XXV, p. 601. (Edicion de Liburna).

(2) Zacarías § 78, n. 8; Aubry y Rau, nota 58, § citado.

Hé aquí la argumentacion de Aubry y de Rau. El usufructo legal no procede del derecho natural, porque no es una consecuencia necesaria de los deberes que la naturaleza impone á la paternidad. Lo que prueba que los redactores del Código civil lo han entendido de esta manera, es que no han concedido formalmente este usufructo sino á los padres y á las madres legítimas, y lo han negado implícitamente á los naturales. Por otra parte, no está permitido el usufructo paterno de una manera tan universal, que se le pueda considerar como una institucion del derecho de gentes. No podría, pues, verse en él mas que una creacion del derecho civil, cuyo beneficio no pueden reclamar por lo mismo los extranjeros. Pero esta argumentacion tiene tambien su réplica. Si la ley francesa niega implícitamente á los padres y á las madres naturales el usufructo legal sobre los bienes de sus hijos, es por no conceder ningun beneficio á la inmoralidad. No hay, pues, analogía entre este caso y el de los padres y las madres legítimos extranjeros. En cuanto al segundo argumento, ó sea el de que el usufructo legal no es más que una creacion del derecho civil, no es tampoco decisivo, porque, segun la doctrina dominante, única conforme con el cosmopolitismo de las sociedades modernas son admitidos en Francia los extranjeros á gozar de todos los derechos civiles que no les están expresa y formalmente prohibidos. Ahora bien; no hay texto alguno de ley que les niegue el usufructo legal.

164. No podemos aceptar ninguna de las opiniones enunciadas. La doctrina de la personalidad y de la realidad es para nosotros árida é incompleta, como en su lugar demostraremos, y aquí no haremos más que observar, que todas las disposiciones que confian al padre la administracion de los bienes del hijo y determinan los actos de que es capaz como administrador, y le conceden una recompensa para la asistencia y los cuidados que prodiga al hijo, son el complemento de la patria potestad, que está organizada en su conjunto para proveer á los intereses del hijo de familia y determinar sus relaciones con el padre. Debe, pues, aplicarse la ley que está llamada á proveer á los intereses del hijo de familia y á determinar sus relaciones con su padre.

Si un padre italiano administra los bienes de su hijo situados en Austria, y goza del usufructo con arreglo á las disposiciones de nuestra ley, no trastorna el órden público ni perjudica allí los intereses del Estado; como, por otra parte, no hay razon para justificar la doctrina de Froland sancionada por los tribunales ingleses, segun la cual deberia aplicarse la ley italiana para regular los efectos de la patria potestad, cuando el padre fuese extranjero y tuviese bienes en Italia. ¿Con qué títulos se aplicaría nuestra ley á los rusos, á los austriacos y á los griegos? Por estas mismas razones no aceptamos la opinion intermedia de Merlin y de Rocco. Segun nuestros principios, por más que el Código austriaco no conceda al padre el usufructo sobre los bienes adquiridos por el hijo, sin embargo, un italiano deberá gozarlo en Austria, con arreglo á las disposiciones de nuestra ley (art. 228) (1). No se ataca, en efecto, la organizacion de la propiedad en Austria, porque un italiano tenga el usufructo de los bienes, ya sea por disposicion entre vivos ó por causa de muerte, ya en virtud de un contrato, ó por último, como investido de la patria

---

Se ha juzgado, sin embargo, que los padres y madres extranjeros no pueden reclamar el goce legal de los inmuebles situados en Francia y pertenecientes á sus hijos. (V. Dalloz, Jurisprudencia general, v.° *patria potestad*, n. 96).

(*N. de P. F.*)

(1) Hé aquí el texto: «El padre tiene el usufructo de los bienes del hijo procedente de sucesion, donacion ú otro título lucrativo, y lo conserva hasta la emancipacion ó mayor edad del hijo.»

potestad y en virtud de la ley que arregla sus relaciones con su hijo. Y no sirve decir que el usufructo concedido al padre puede dar lugar á inconvenientes prácticos cuando al amor paternal sustituye el cálculo del interés material, porque la decision de esta cuestion se atribuya al legislador del país á que pertenecen el padre y el hijo, y no al del lugar en donde los bienes radican.

165. Antes de terminar, parécenos conveniente proponer una cuestion que tiene íntima relacion con la materia de que se trata, á saber: si, ¿mientras que el hijo de familia está sometido á lo patria potestad, se naturalizase el padre en pais extranjero, se emanciparia de derecho el hijo por el matrimonio?

La cuestion tiene muy poca importancia en el sistema de nuestro Código civil; éste dispone, en efecto, que los hijos menores del padre que se naturaliza en el extranjero se convierten en extranjeros, á no ser que hayan continuado residiendo en el reino (art. 11, § 4.°) (1). Por consiguiente, si un padre italiano adquiere la nacionalidad en Baviera, los hijos menores siguen la condicion del padre, y, según el Código bávaro, la patria potestad se estiende sobre ellos y sus descendientes hasta que el hijo se haya emancipado. Mas en el sistema expuesto por nosotros (2) la solucion seria muy diferente. Habiendo demostrado, en efecto, que la naturalizacion del padre no lleva necesariamente la del hijo, y que éste conserva su nacionalidad primitiva hasta haber declarado que se decide por la del padre, se sigue que, en la hipótesis propuesta, el menor de orígen italiano quedaria emancipado de derecho por su matrimonio. En efecto, al declarar nuestro legislador que el menor queda emancipado por el matrimonio, art. 310, ha querido conferirle extraordinariamente, como consecuencia del matrimonio, los derechos de que solo es capaz el mayor de edad.

El órden mismo y la distribucion de las materias prueban

---

(1) Este párrafo está concebido en estos términos:

«... La mujer y los hijos menores del que ha perdido la cualidad de ciudadano, se convierten en extranjeros á no ser que hayan continuado residiendo en el reino.»

(2) Véase el n. 68.

que la emancipacion legal es considerada como independiente de la patria potestad, ó más bien como una modificacion de estado. Concluimos, pues, de aquí que debe depender de la ley de la nacion primitiva del hijo y no de la nueva nacionalidad del padre.

# CAPÍTULO XII.

## MAYOR EDAD Y TUTELA.



166. Para decidir si el indivíduo es mayor ó menor, si es puber ó impuber, si puede ó no ser emancipado, y para determinar la condicion jurídica del menor y del emancipado, se debe aplicar exclusivamente la ley nacional del indivíduo mismo, sea cualquiera el lugar en que se haya suscitado la cuestion ó se halle aquel domiciliado.

167. No podemos en manera alguna participar de la opinion de Rocco, qne, partiendo del principio general de que el cambio de domicilio lleva consigo la adquisicion de nuevas cualidades personales, y la pérdida de las adquiridas en el

primitivo domicilio, no solo sostiene que debe aplicársele la ley del nuevo, para decidir cuándo llega á la mayor edad, sino que va hasta decir que «el efecto natural de este cambio llega hasta convertir al mayor en menor, y someterle á la patria potestad de que estaba ya exento» (1). Una de las razones que en apoyo de su opinion alega, es la de que el individuo debe atribuirse á sí mismo el que su estado haya empeorado, puesto que podia conservar su antiguo domicilio. Tal es tambien la opinion de Juan Voet, que dice: «*et sane est quod sibi uterque imputet, ac de se queratur, quod minorennium numero se rursus adscriptum videat si id sibi grave imputet: qum potuerit retento domicilio pristino in pristina manere conditione*» (2). Otra razon es la de que seria un mal ejemplo para los ciudadanos naturales que los extranjeros domiciliados fuesen de mejor condicion que ellos, pudiendo, por ejemplo, ser *sui juris* á los 21 años, mientras que los ciudadanos naturales no podian serlo hasta los 25.

No creemos que debamos detenernos á combatir la opinion de Rocco, y confesamos que nos ha sorprendido que la haya adoptado, por más que ya antes haya sido sostenida por Burgundius, Voet y Hercio, citado por el mismo y que dice: «*Status et qualitas personæ regitur a legibus loci qui ipsa sese per domicilium subjecit. Atque inde etiam fit ut qui major hic, alibi, mutato scilicet domicilio, incipiat fieri minor* (3).

168. Es inútil alegar en apoyo de nuestra opinion argumentos presentados ya en los capítulos precedentes (4). Solo queremos hacer notar que nuestra teoría no es absolutamente nueva, sino que la hallamos consagrada por un decreto del Tribunal Supremo de la Luisiana, en el asunto siguiente: un sujeto nacido en dicho país, en 1802, estableció su domicilio en España. En 1827, intentó una accion para tomar parte en la sucesion de su abuelo materno, y surgió la cuestion de si debia ó no reputársele menor con arreglo á la ley

(1) Rocco, parte 3.ª, cap. XXX, p. 635 (ed. de Liburna).

(2) Voet, *Com ad Pand.* t. I, *De minoribus*, lib. IX, t. IV, n. 10 y libro V, t. I, n. 101.

(3) Burgundius, *Trat.* II, n. 5 y 6; Rodemb., De div. stat, t. II, 2.ª parte, c. 1, n. 3 y 9; Voet, l. c.; Hercio, *ob.* t. II, § 4.°, n. 5, p. 122.

(4) V. cap. I. lib. 1.°

española, porque aún no habia cumplido los 25 años. El tribunal decidió que el estado y la condicion jurídica dependen siempre del domicilio primitivo, sea cualquiera el lugar donde vaya á habitar la persona; la sentencia le consideró como mayor á los 21 años, con arreglo á la ley de Luisiana, y admitió la accion.

169. Algunos autores, áun participando de nuestra opinion para la simple cuestion de estado, admiten además que, para todas las consecuencias jurídicas que de la minoría se derivan, debe tenerse en cuenta la ley del lugar en que el menor verifica sus actos. Tal es la opinion de Chassat, que dice que la ley de la patria no puede regir los actos nuevos que nacen de un territorio extranjero, porque el hombre que obra está sujeto á las leyes que rigen en el país en que se halla. El ruso, el inglés y el prusiano, admitidos á ejercer sus derechos civiles en territorio francés, deben ser capaces, segun la ley francesa. Si fuesen mayores con arreglo á su ley, serian reputados menores en Francia, en virtud del art. 388; y si fuesen menores en su patria, en donde la mayoría comienza despues de cumplidos los 25 años, serian mayores en Francia á los 21 años, y no podrían anular sus obligaciones por falta de edad. Vivir en un país, equivale á someterse absolutamente á su soberanía. El extranjero no puede violentar al regnícola y obligarle á aceptar las leyes de su patria desconocidas por aquél por punto general. El autor precitado admite que los hechos realizados por el menor en su patria, por los cuales hubiera dispuesto, adquirido ó vendido válidamente sus bienes existentes en Francia, deberían ser eficaces en esta nacion, no obstante que podrían ser invalidados si se hubiesen verificado en territorio francés (1).

170. De este razonamiento de Chassat debe concluirse que el extranjero está sometido á las leyes de su patria, con tal que la aplicacion de estas leyes no perjudique el interés privado de un francés, cuya teoría erigiría en sistema la disposicion del art. 37 de la Ordenanza de 26 de Setiembre de 1837, sobre la organizacion de la justicia en la Argelia, que está concebido en estos términos: «Todos los convenios y cuestiones entre extranjeros y franceses se rigen por los preceptos de la

---

(1) **Story, conf. of law. § 77.**

ley francesa.» Esta disposicion no es, en una palabra, conciliable con el sistema que nosotros defendemos, ni con la disposicion contenida en el mismo Código de Napoleon, segun la cual, el francés residente en el extranjero está sometido á la ley francesa. Lógicamente, por una equitativa reciprocidad, y para no provocar medidas de retorsion en país extranjero en detrimento de los franceses, nos parecería más razonable que se apceptase con preferencia nuestra opinion, cou tanta más razon cuanto que no faltan eminentes jurisconsultos que la han sostenido antes que nosotros (1).

171. Parécenos oportuno resumir aquí la opinion de Pardessus, que se expresa en estos términos: «Un individuo declarado incapaz por la ley de su país, no puede librarse de esta incapacidad por la aplicacion de la ley francesa. Su capacidad solo existe en los límites de su ley nacional (Casacion, 1.° de Febrero de 1813), para los actos que ésta le permita, y en cuanto haya cumplido las condiciones prescritas por ella. El interés de un Gobierno es el de hacer respetar, en favor de los súbditos de cualquier otro llevados ante los tribunales, las leyes que regulan su capacidad, y no permitir que, cambiando de jurisdiccion, puedan sustraerse á ellas. La ley que rige la capacidad del extranjero le sigue á todas partes; seria contrario á la justicia aplicarle una legislacion á que no está sometido. Todo el que contrate con un individuo puede pedirle la prueba de que es mayor de edad, y, si es menor, enterarse si puede obligarse. De cualquier modo, para prevenir todo perjuicio, puede exigirle una persona que le garantice (2).

Tal es tambien la opinion de Zacarías, de Nouguier, Aubry y Rau, de Fœlix y otros (3).

172. La razon alegada por Chassat, análoga á la de Grocio,

---

(1) Chassat, Tratado de los Estatutos. n. 237.

(2) Duranton, t. I, p. 56; Richelot, t. I. p. 58.

(3) Zac., *Derecho civil*, § 31; Noug., *Letra de cambio*, t. I, p. 475. Fœlix, n. 88; Cas. de París, 23 de Junio de 1836 y 25 de Noviembre de 1838. Idem de Burdeos 15 de Julio de 1841; Tribunal de París, 22 de Febrero de 1842; Cas. de Rennes, 16 de Marzo de 1842.

Burge, Valette y otros (1), de que la ley extranjera no puede obligar á los franceses que no tienen obligacion de conocerla, es poco fundada. No intentamos nosotros sostener que el individuo que concluye un contrato con un extranjero, esté obligado á conocer las leyes del país extraño, ni que estas leyes le obliguen, sino únicamente que la capacidad del menor para obligarse, debe ser regida por la ley de su patria; y no se diga que los ciudadanos de un Estado pueden ser perjudicados en sus relaciones con los extranjeros, porque, áun cuando así sucediese, deberia imputarse á su negligencia, puesto que debieron informarse y asegurarse por completo de la capacidad de aquél con quien contrataban Todo el mundo conoce la máxima: *qui cum alio contrahit vel est vel esse debet non ignarus conditionis ejus* (2); y por consiguiente, si un francés mayor de edad ha querido contratar con un español menor, sin las precauciones necesarias, esta negligencia no debe ser un título en su favor (3). Si un extranjero

---

(1) Grotius, *De jure belli et pacis* l. II, c. 2, § 5, n. 2; Burge, *Comentaries on colonial and foreing law*, primera parte, cap. IV, p. 132; véase Story n. 102, *a*; Valette, Notas sobre Prudhon, Del estado de las personas, t. I, p. 85 y 98; Cas. de París 15 de Mayo de 1831,

(2) L. 9 Dig. de *Regulis juris*.

(3) Fiore sostiene aquí el único principio admisible. Si, en materia de convenio, como dicen perfectamente Aubry y Rau, es necesario bajo muchas relaciones, aplicar la ley del país en donde se ha verificado el contrato, las cuestiones de capacidad de las partes deben ser exclusivamente decididas con arreglo á la ley nacional de cada una. No se comprenderia, en efecto, que la ley pudiese hacer depender la aplicacion de las reglas relativas al estado y á la capacidad de las personas, de la circunstancia de que éstas hayan contratado en tal ó cual lugar. Por otra parte, ninguno es dueño de modificar su estado y su capacidad, sometiéndose al contratar á la jurisdiccion de una ley extranjera (V. Introduccion de Zacarías, § 31, tercera edicion, t. I, p. 82, nota 27)

En cuanto al pasaje de Grotius, citado anteriormente por Fiore, se halla en el libro 2.°, cap. 11, § 5.°, n. 2: «¿Cuándo principia un hijo á tener uso de razon? pregunta Grotius. No puede determinarse de una manera precisa; pero es necesario ajustarse á los actos de cada dia, y aún á los que tienen lugar comunmente en cada país... Pero estos efectos son peculiares á la ley civil, y por consiguiente, no tienen

hubiera disimulado con malas artes su incapacidad, y empleando todos los medios de apariencia exterior, hubiera sabido hacer creer en su mayoría de edad, abusando de la buena fé de un ciudadano, no podria ser admitido á litigar sobre su obligacion por falta de edad, invocando la aplicacion de la ley de su patria; pero, en este caso, el beneficio de la excepcion por falta de edad seria rehusado como principio de equidad y á causa de la mala fé, no por el perjuicio que de ello resultara á un ciudadano.

173. Concluimos, pues, de aquí, que debe aplicarse á cada indivíduo la ley de su país, para decidir cuándo es ó no mayor de edad (1), y los actos de la vida civil de que es capaz, así como todo lo concerniente á las acciones de rescision, de restitucion y de nulidad por falta de edad: *restitutio in integrum,* dice Cujas, *est in personam, personali enim beneficium est. Cur enim restituitur? Ob infirmitatem ætatis* (2).

---

nada de comun con el derecho natural y de gentes, á no ser que en los países en donde estas leyes se hayan establecidas, esté conforme con el derecho natural el observarlas. Por esto es por lo que, cuando un extranjero trata con un ciudadano, estará obligado en virtud de estas leyes, porque el que contrata en un país está sometido á las leyes del mismo como súbdito temporal. (V. el tomo II de mi traduccion del *Derecho de paz y de guerra,* edicion de 1867, p. 136, y la nota de las páginas 133 y siguientes).

(*N. de P. F.*)

(1) La mayoría de edad se ha fijado á los 21 años cumplidos en Italia (art. 323), en Francia (art. 488), en Baviera (ley de 26 de Octubre de 1813), en Sajonia (Derecho estatuido, libro I, art. 42), en Rusia (art. 160), en Inglaterra y en los Estados-Unidos; á los 22 años en el electorado de Hesse (ley de 13 de Setiembre de 1831); á los 23 en los Países Bajos (art. 385), en el ducado de Nassau (ley de 29 de Abril de 1831) y en el canton de Vaud (art. 286); á los 24 en Austria (artículo 21), en Prusia (parte 1.ª, título 1.º, § 26) y en el Gran ducado de Oldemburgo (ley de 15 de Julio de 1814, § 3); á los 25 en Wurtemberg (ley de 21 de Mayo de 1828), en Hannover (ordenanza de 14 de Abril de 1815, § 24); en Brunswick, en Dinamarca (l. 3, tít. 17), en España (Sala, lib. I, tít. 8), en Portugal (Mello-Freire l. 2, tít. 2, § 3), en Méjico, en Noruega. (V. Fœlix, n. 88, y Leon Levi, *Intern. com law.*, páginas 20 y 22, ed. 1863).

(2) L. 13, Dig., *De minoribus.*

174. Los mismos principios deben aplicarse á las medidas de proteccion establecidas en interés de las personas incapaces (sea por falta de edad ó por enfermedades físicas ó morales) de gobernarse á sí mismas y de administrar sus bienes. Estas medidas son diferentes, segun las diversas legislaciones y los distintos casos. Además de la patria potestad y de la administracion legal, pueden existir tambien la tutela, la curatela, y la administracion provisional del consejo judicial. El Código civil italiano admite la patria potestad, la tutela y la curatela. Sin descender aquí á los detalles, creemos suficiente hacer constar que la ley nacional es la que debe determinar todo lo que se relacione á estas instituciones, aunque los bienes pertenecientes al individuo radiquen en país extranjero. Por consiguiente, dicha ley es la que debe tambien determinar la duracion de la tutela, los casos en que esta puede tener lugar, bajo el punto de vista de las personas sobre que se ejerce, el modo de conferirla, las personas á quienes puede conferirse, y los poderes anejos al cargo de tutor y curador.

Es inútil discutir sobre si el régimen de la tutela ó de la curatela está destinado á defender las personas ó los bienes, y si los estatutos que á él se refieren son personales ó reales. Nuestra doctrina está basada en el espíritu de estas instituciones, fundadas sin duda para defender los intereses del que es incapaz de proveer á ellos por sí mismo; por esto es por lo que todo debe depender de la ley nacional del indivíduo, que es la que debe defender y proteger á los ciudadanos y proveer á sus intereses. No podemos, pues, participar de la opinion de Rocco, que sostiene que el régimen de la tutela pertenece á las leyes del lugar en que la persona está domiciliada (1), y sólo admitimos, como una excepcion, que se provea á la tutela y á la curatela del extranjero por el magistrado del lugar donde reside ó está domiciliado, cuando esté autorizado para ello por el magistrado de la patria del extranjero, cuando la ley nacional de éste no provea á ella, ó cuando es difícil tomar una pronta medida por la distancia, y es urgente que el menor no carezca de un protector legal. Tam-

(1) Rocco, parte 3.ª, cap. 27.

bien en este caso admite Zacarías (1) que puede darse al extranjero un tutor con arreglo á las leyes del país en que se halle.

175. Consideramos además poco fundada la distincion hecha por Massé (2) y por Rocco entre el tutor y el curador da-

---

(1) Zacarías, Derecho civil, § 78, M. 2; Merlin, Rep.. v.° legitimidad, sec. 4, § 3; Soloman, p. 50 y sig.

Zacarías admite, en efecto, que el menor extranjero que se encuentra en Francia sin protector legal puede y debe, llegado el caso, ser provisto de un tutor provisional, con arreglo á las leyes francesas. Apoya su opinion en esta consideracion: que importa á la dignidad de Francia que las leyes de policía y de seguridad no sean violadas impunemente por nadie en territorio francés, con detrimento de un individuo cualquiera. (*Curso de derecho civil francés*, edicion de Aubry y Rau, 1856, t. I, p. 264 y sig.)

(*N. de P. F.*)

(2) Massé, *Derecho Comercial*, n. 574.

Hé aquí sus palabras: «Los menores y los impedidos se hallan colocados bajo la autoridad de un tutor; los emancipados, y algunas veces los ausentes, tienen un curador; los pródigos, un consejo judicial. Los declarados en quiebra, síndicos: ¿qué autoridad tienen estos administradores sobre los bienes situados en país extranjero? Para resolver la cuestion es necesario distinguir si estos administradores han sido dados á la persona ó á los bienes. Si lo primero, como su autoridad reposa en el estatuto personal, sigue á los bienes á donde quiera que pueda obrar la persona, aunque sea en país extranjero; si lo segundo, y sobre todo en interés de tercero, no puede verse en su establecimiento nada más que un estatuto real, que sólo puede tener efecto sobre los bienes situados en Francia. Síguese de aquí que el tutor de un menor ó de un impedido, el curador de un menor emancipado y el consejo judicial de un pródigo, extienden su autoridad hasta los bienes situados en país extranjero, porque su derecho recae más bien sobre la persona que sobre los bienes, y no administran estos sino porque administran y habilitan la persona. En cualquier lugar que se halle ó que obre la persona, es necesario que se encuentre y obre tambien allí el tutor. Los bienes que posea el pupilo en país extranjero no pueden ser vendidos sin el concurso del tutor, del mismo modo que el pupilo no puede contratar sin la autorizacion de aquél. Otra cosa sucede si la tutela, en lugar de darse á la persona, tiene por objeto directo los bienes ó el interés de un tercero. Su efecto se encierra entonces en los límites del territorio, porque no se trata ya de una incapacidad personal y absoluta, sino de una incapacidad real y rela-

do á la persona y el nombrado principalmente para los bienes. Estos autores, que todo lo hacen depender de la personalidad ó de la realidad, consideran divididas en dos órdenes las diversas especies de tutela y de curatela. Las unas, dicen, se dan directamente á la persona é indirectamente á los bienes; presuponen una falta de capacidad en el individuo para cuya proteccion se establecen; tales son, por ejemplo, el tutor de los menores y de los interdictos, el consejo judicial dado á los pródigos, y el curador del menor emancipado. Estas deben ser reguladas por la ley personal, y extiende su eficacia á todas partes como todos los estatutos personales. Las otras se dan directamente á los bienes, no en consideracion á la persona á que pertenecen, sino para no dejarlos abandonados y proveer al interés de tercero. Tales son, por ejemplo, el curador que se da al póstumo antes de su nacimiento, á la sucesion vacante, á aquel á quien se confia la administracion de los bienes del finado, ó á aquel á quien se encarga de los bienes del ausente. Estas instituciones y otras análogas no proceden de una incapacidad personal y absoluta, sino de una incapacidad real y relativa que se refiere directamente á los bienes que no tienen dueño cierto, y por eso dicen estos autores deben arreglarse por la ley del lugar en que se hallen los bienes, y espira su eficacia en los límites del mismo territorio. Tal es tambien la opinion de Voet, que, despues de haber hecho la distincion susodicha, concluye de este modo: «*si tamen agatur de curatore bonis dando existimarem eundem quidem dari posse bonis inmovilibus ibidem sitis, non tamem alibi, invito judici loci* (1).» La razon que da para esto es que las dis-

tiva que, tocando directamente á los bienes, no puede llegar á aquellos que por su situacion no están sujetos á la ley que establece el administrador. Así, pues, los síndicos de una quiebra declarada en Francia no tienen ninguna autoridad sobre los bienes del que ha quebrado, que radican en país extranjero, porque administran estos bienes, no tanto en interés de aquel, puesto que no tiene ninguna incapacidad personal, cuanto en interés de los acreedores. Esta es una manera de ser de los bienes, no de la persona. Es, pues, un estatuto real; otro tanto puede decirse por analogía del curador dado á los bienes de un ausente ó á una sucesion vacante. (El Derecho comercial en sus relaciones con el derecho civil, edicion de 1874, n. 547, t. I, p. 477).

(*N. de P. F.*)

(1) *De Statutis eorum concursu*. Lec. 9, c. 2., n. 18.

posiciones reales no pueden extenderse fuera del territorio. *«Jussus enim vel præceptum judicis, sese non extendit ultra limites ejusdem jurisdictionis.»*

Por más que reconozcamos que existe alguna diferencia entre una y otra especie de tutela y curatela, no podemos, Sin embargo, admitir la teoría de los autores precitados; y para resumir nuestra opinion, aplicaremos á aquellas el sistema seguido por el Código italiano.

176. Nuestra legislacion instituye la tutela para proteger la persona sometida á la patria potestad que, ya por falta de edad (arts. 241 y 277), ya por enfermedad habitual mental (artículos 324 y 329), es incapaz de proveer á sus propios intereses; nuestra legislacion concede al tutor el cuidado de la persona, su representacion en los actos civiles, y la administracion de sus bienes (art. 277). Segun el Código italiano, la curatela es absolutamente distinta de la tutela, y tiene lugar cuando no hay necesidad de representar ni de asistir á ciertas personas en todos los actos de la vida civil, sino solo en los actos que exceden á la simple administracion. En algunos casos puede ser conferida especialmente por el tribunal para representar los intereses de ciertas personas y particularmente para los bienes que les pertenecen. Respecto de estas curatelas especiales no participamos de la opinion de los precitados autores.

La curatela puede darse por el tribunal cuando surge un conflicto de intereses entre los hijos sometidos á la misma patria potestad, ó entre estos y el padre (art. 233) (1); cuando á

---

(1) Véase textualmente el contenido de estos artículos del Código civil italiano:

Art, 241. «Si el padre y la madre han muerto, han sido declarados ausentes ó despojados de la autoridad paterna por una condenacion penal, queda abierta la tutela.

Art. 277. El tutor cuida de la persona del menor, le representa en los actos civiles y administra sus bienes.

Art. 324. El mayor y el menor emancipado que se halla en un estado habitual de demencia que le hace incapaz para proveer á sus propios intereses, debe ser declarado tal.

Art. 329. El declarado incapaz queda en estado de tutela. Las disposiciones relativas á la tutela de los menores, son comunes con la de los incapacitados por enfermedad mental.

Art. 333. Si el padre ó la madre abusan de la autoridad paterna, por la violacion ó la negligencia de sus deberes, ó por la mala admi-

la muerte del marido se halla la mujer embarazada, en cuyo caso puede el tribunal, á instancia de una persona interesada, nombrar un curador al póstumo (art. 236); cuando la madre pierde el derecho de administracion de los bienes del hijo por haber contraido nuevo matrimonio sin observar las disposiciones de la ley, en cuyo caso, el pretor, ya á instancia del ministerio público, ya de oficio, debe convocar el consejo de familia para nombrar un curador *ad bona*; por último, cuando el heredero es desconocido, ó cuando los testamentarios ó legítimos han renunciado á ella, puede el pretor nombrar un curador á la herencia (art. 980) (1).

177. Aun cuando en este caso sea ordenada la curatela con la intervencion de la autoridad judicial, y sea dada especialmente para los bienes de los hijos nacidos ó por nacer, ó de aquellos que no han demostrado aún su cualidad de herederos; los principios generales aplicados por nosotros á las demás especies de tutelas y curatelas no pueden recibir una aplicacion diferente. En efecto, aunque en todos los casos anteriormente enunciados se haya dado más especialmente la curatela á los bienes por la autoridad judicial, no cambia por esto la sustancia de la cosa, pues la curatela se ha instituido para defender los intereses privados de una persona, y esto se refiere á la ley, bajo cuya proteccion vive civilmente la persona, no á la *lex rei sitæ*.

En el caso, por ejemplo, de la curatela de la criatura por nacer, no puede el soberano del lugar en donde existen los bienes que pueden pertenecer á aquella, tener interés alguno

---

nistracion de los bienes del hijo, el tribunal, á instancia de los más próximos parientes, ó hasta del ministerio público, puede nombrar un tutor á la persona del hijo ó un curador á sus bienes, privar al padre del usufructo en todo ó en parte, y tomar las demás medidas que estimase conveniente en interés del hijo.

(1) Art. 236 del Código civil italiano: «Si á la muerte del marido quedase la mujer en cinta, puede el tribunal, á instancia de la parte interesada, nombrar un curador al vientre.»

Art. 980. «Cuando el heredero no es conocido, dice este artículo, ó cuando los herederos, testamentarios ó legítmos, han renunciado á la sucesion, es esta reputada como yacente, y se provee á la administracion ó á la conservacion de los bienes de la sucesion por medio de un curador.»

en nombrar el curador, porque ya se considere la curatela como instituida en ventaja del póstumo, para impedir la simulacion de preñez y la suposicion del alumbramiento, ya como instituida para proveer á las necesidades personales de la mujer corresponde siempre proveer á ella á la ley nacional de ambos, y el curador nombrado con arreglo al art. 336, si se tratase de una mujer italiana, podria ejercer su autoridad en donde quiera que estuviesen los bienes. Asimismo perteneceria tambien á la ley del difunto el proveer á la administracion y á la conservacion de la herencia yacente; cuando el heredero no es conocido ó cuando los herederos testamentarios han renunciado, porque, como demostraremos en su lugar, la sucesion debe ser arreglada por la ley nacional de la persona de cuya herencia se trata, sea cualquiera la naturaleza de los bienes y el país en que se hallen. Por consiguiente, si el difunto es itáliano, nuestra ley es la que debe aplicarse para proveer á la administracion y á la conservacion de los bienes hereditarios; y como ésta dispone que se nombre un curador (arts. 980 y 983) (1), deberá reconocérsele en todas partes, y administrar y oonservar los bienes sea cualquiera el país donde se encuentre. Con las mismas razones si un padre extranjero abusa de la patria potestad administrando mal la fortuna de su hijo, nuestro tribunal no puede nombrar un curador con arreglo á los términos del art. 233, pero debe aplicar la ley nacional del extranjero.

Concluimos, pues, que lo mismo que para las curatelas dadas á las personas, debe ser instituida la especial de los bienes con arreglo á la ley nacional del indivíduo en beneficio de aquel para quien se ha dado, y ser reconocida en donde quiera que existan los bienes que á esta persona pertenecen.

178. En cuanto á la persona que puede ser investida de la autoridad de tutor, de protutor ó de curador, haremos notar que yerran algunos autores (2) al querer demostrar que el

---

(1) Art. 983: «Las disposiciones del § 3 de la presente seccion sobre el inventario, el modo de administrar y la rendicion de cuentas de parte del heredero bajo beneficio de inventario, son comunes á los curadores de sucesiones yacentes.

(2) Chassat, n. 230; Soloman, 2.ª parte, p. 31.

extranjero no puede ser tutor, invocando para ello la autoridad del derecho romano y la de las palabras que hay en la definicion de Paulo: *jure civili data ac permisa* (1). Estas palabras significan, en efecto, que la tutela era regida por las leyes, por los senado-consultos y por las costumbres, no por el pretor. Los mismos romanos consideran, sin embargo, la tutela de los impúberos como de derecho natural, *quia id naturali rationi conveniens est, ut is qui perfecti ætatis non sit, alterius tutela regatur* (2).

Si el extranjero no podia ser nombrado tutor en Roma, es porque no tenia la *testamentifaccion*. «*Testamento tutores hi dari possunt, cumquibus testamenti factio est*» (3). No podia ser llamado como agnado porque el *jus agnationis* no existia entre ciudadanos y extranjeros (4). Por estas razones no existen en la actualidad, pues los extranjeros son admitidos á gozar de los derechos civiles, y pueden, por consiguiente, ser tutores cuando esto se halla conforme con los intereses del que ha de ser sometido á la tutela (5).

179. Para los efectos jurídicos que se desprenden de la tutela, de la curatela y de la interdiccion total ó parcial, hacemos notar que la capacidad del menor ó del inhabilitado continúa modificada y debe ser, como tal, reconocida por doquiera. Por consiguiente, el juicio del tribunal civil que declara ó modifica el estado de un ciudadano debe producir sus efectos donde quiera, sin que sea necesario hacerle declarar préviamente ejecutorio en el lugar en que la persona en tutela, ó declarada incapaz, quiera obrar. En cuanto á las acciones de rescision ó de nulidad de las obligaciones contraidas por el impedido ó incapacitado, deben aplicarse los mismos principios ya expuestos á propósito de los actos de los menores. El juicio que declara ó modifica el estado, debe ser admitido en todas partes y con todas las consecuencias jurídicas que de

---

(1) *Tutela est vis ac potestas in capité libero ad tuendum eum qui propter ætelatem suam, sponte se defendere nequit jure*, etc., l. 1 de Tutelis, 26, t.

(2) Instit., 1 tít. XX, § 6.

(3) L. 21, Dig. *De Testament. tutela*, 26, 21.

(4) Instit. *De Legitima agnatorum tutela*, 1, 15.

(5) Dragoumis c. 1, núm. 3.

él se desprenden. Sin embargo, los terceros que han contratado con un extranjero declarado incapaz, pueden ser admitidos á litigar, ya sobre la realidad de los hechos declarados por el juez del país extranjero, ya sobre las consecuencias legales deducidas; pueden tambien, haciendo abstraccion del juicio mismo, hacer valer su buena fé, cuando hayan obrado ignorando el juicio y los hechos sobre que estaba fundado (1).

Todo esto es válido siempre que la modificacion del estado se derive directa ó indirectamente de la ley ó de un juicio civil; pero no debe ser lo mismo cuando la interdiccion total ó parcial procede de una sentencia criminal (2), de las leyes de proscripcion, ó de cualquier otro acto ó medida política emanado de un Gobierno extranjero (3), en cuyos casos la modificacion del estado y de la capacidad debe ser considerada como de ningun efecto.

180. En cuanto á los actos de que por razon de su cargo puede ser capaz el tutor ó el curador, es necesario distinguir los relativos á la persona física y jurídica del menor ó del incapacitado, y los relativos á la administracion de los bienes que le pertenecen. En cuanto á los primeros, todos estamos conformes en que deben ser regidos por la ley con arreglo á la cual han sido instituidas la tutela y la curatela. Exceptuamos, sin embargo, el derecho de correccion que, en ciertos casos, concede la ley al tutor, y que debe ser regido por la ley del país en donde habita ó están domiciliados el tutor ó el pupilo, por más que las leyes de su patria confieran más ámplios poderes. En cuanto á los actos que el tutor puede ser capaz de realizar como administrador de los bienes del menor, admiten muchos autores que deben ajustarse á la *lex rei sitæ* (4).

Esta doctrina, que es la consecuencia del régimen feudal de la propiedad, es rigurosamente aceptada y aplicada por

---

(1) Zacarías, § 31.

(2) Valette, nota *a* Prudhon, I, pág. 136; Toullier, IV, 102.

(3) Proceso para la interdiccion del duque de Brunswick, París 16 de Enero de 1836. sir. 36, 2, 70.

(4) Burgundius, trac. I, núm. 12, pág. 23; Voet, De Statut., § 9, colec. 2, núm. 17 y 19; Boullenois, *Observ.* 26, pág. 320; Dumoulin, *ob.*, tít. III; Hertius, *De Collis. legum*, 4, núm. 8; Burge, l. c.

los jurisconsultos y tribunales ingleses, los cuales admiten como principio general que ningun tutor puede, en virtud de su cargo, ejercer ningun derecho ni autoridad sobre la propiedad situada en un Estado extranjero, sin haber obtenido autorizacion y un nuevo mandato de tutela del juez local: «está fuera de duda, dice Story, que el *common law* no reconoce los derechos de los tutores extranjeros sobre los bienes inmuebles situados en otro Estado. Estos derechos son considerados como territoriales y no pueden tener ninguna influencia sobre los bienes situados en otros países, cuya legislacion admite reglas diferentes. Nadie querrá suponer que un tutor, instituido segun las leyes de un país, tenga derecho á exigir las rentas ó á tomar posesion de los bienes de su pupilo situados en otro Estado, sin haber sido debidamente autorizado por el tribunal local. El principio de que los derechos sobre la propiedad real no pueden ser adquiridos, modificados ó cedidos, sino conforme á la *lex rei sitæ*, es harto bien conocido (1).» No es posible aceptar esta doctrina. Es cierto, en

---

(1) Story, *Conflict. of law*, § 504 y sig.

No hay duda, dice Mr. William Beach Lawrence, en su comentario á Wheaton, que, segun la doctrina del *Common Law*, los derechos de los tutores extranjeros no son admitidos en lo que concierne á las propiedades inmuebles situadas en otros países. Estos derechos se consideran como extrictamente territoriales, y no se les reconoce influencia alguna sobre tales bienes en otros países cuyos sistemas jurídicos presentan otros reglamentos, otros derechos y otras disposiciones. Nadie ha supuesto nunca que un tutor nombrado en cualquiera de los Estados de la Union americana, tenga derecho á recibir los beneficios ó á tomar posesion de los inmuebles de su pupilo situados en otro Estado, sin haber sido préviamente nombrado para este efecto por el tribunal competente del Estado en donde radican dichos bienes. Este caso cae bajo el principio bien conocido de que los derechos sobre los inmuebles no son adquiridos, trasferidos ó perdidos sino segun la *lex rei sitæ*. Esta misma regla se aplica segun el *Common Law* á la propiedad mobiliaria, como se ha reconocido plenamente lo mismo en Inglaterra que en América. Ningun tutor extranjero puede, *virtute officii*, ejercer derecho, poder, ni funcion alguna sobre los bienes muebles de su pupilo que se encuentren en otro Estado ó país de aquel en que él ha sido autorizado como tutor; sino que necesita obtener nuevos poderes de tutela de los tribunales locales com-

efecto, que un mandatario general, en virtud de un mandato válido, segun las leyes del lugar en donde lo ha aceptado, puede obrar en todas partes sin necesidad de que su autoridad sea confirmada por el magistrado del lugar en donde debe obrar (1). Por consiguiente, el tutor á quien debe considerarse provisto de un poder legal, por razon de su cargo, podrá obrar en donde quiera que el pupilo tenga intereses, sin pedir su autoridad al magistrado del país en donde aquellos se encuentren. Agreguemos á esto que los actos de que es capaz como administrador de los bienes del menor y las obligaciones inherentes á su cargo, ya en el momento que asume la administracion de los bienes, ya durante esta administracion, ya al terminar, deben ser regidos por la misma ley segun la cual fué instituida la tutela. No vamos á discutir aquí las razones emitidas por los que otra cosa sostienen; las cuales se fundan sobre la realidad de los Estatutos para demostrar la preferencia de la *lex rei sitæ* (2), limitándonos á hacer notar que todas las disposiciones que se refieren al régimen de la tutela están destinadas á defender los intereses personales y reales de los individuos, que no pueden proveer ellos por sí mismos, y que corresponde á la ley de la nacion de cada persona defender los derechos que puedan tener los ciudadanos sobre sus bienes donde quiera que se encuentren situados. Por consiguiente, para decidir si el tutor debe hacer el inventario, si debe dar caucion y en qué forma, si debe enagenar los establecimientos de comercio y los bienes mue-

---

petentes para este efecto, antes de poder ejercer derechos, poderes ó funciones relativamente á estos bienes. (Story, *Confl. of law* capítulo XIII, § 504, pág. 676, ed. Redfield). Segun Savigny, los tratados hechos por Prusia con los Estados vecinos dan al tutor que administra los bienes situados en países extranjeros, las instrucciones siguientes: para todos los asuntos relativos á estos inmuebles, debe seguir las prescripciones legislativas vigentes en los lugares en donde estos se hallen situados. (Savigny, *Trat. de Derecho romano,* traducido por Guenaus, t. VIII, pág. 342. Véase el tomo III del *Comentario* de M. Willan Veach, pág. 172 y sig.

(*N. de P. F.*)

(1) Merlin, Repert. v.ª *ausente* y cap. III, art. 3.º, v.º Faillite, § 2, número 2, art. 9 y 10.

(2) V. el libro siguiente, seccion 1.ª, título I.

bles de aquel cuya fortuna administra, si puede adquirir ó enagenar bienes inmuebles, consentir arrendamientos de más de nueve años, aceptar ó rehusar sucesiones, donaciones, legados, proceder á las particiones, ó provocarlas judicialmente y otras cosas análogas, debe aplicarse exclusivamente la ley nacional del menor ó incapacitado y no la del lugar donde se hallen los bienes.

181. Notemos, por último, que, cuando ha cesado la administracion debe verificarse la rendicion de cuentas con arreglo á la misma ley, por más que se haya nombrado un protutor para la administracion de los bienes existentes en país extranjero. Es verdad que, segun el Derecho romano, el curador ó el gerente de los negocios deben rendir cuentas en el lugar en que han administrado: «*Eum qui aliena negotia sive ex tutela sive ex quocumque alio titulo administravit, ubi hoc gerit, rationem oportet reddere* (1).» Pero este principio es aplicable á los que administran en el reino, no en territorio extranjero.

En el caso en que la ley, segun la cual se ha instituido la tutela, obligue al tutor á suministrar caucion y dé al menor la hipoteca legal sobre los bienes del tutor, puede surgir la cuestion sobre si el menor tiene igualmente una hipoteca legal sobre los bienes del tutor situados en territorio extranjero; pero esta cuestion la trataremos en el libro siguiente (2).

---

(1) L. 19, Dig. *De judiciis* V. 1.
(2) V. la seccion 1.ª cap. IV.

# LIBRO II

## DERECHOS PATRIMONIALES.

# INTRODUCCION.

En el libro precedente hemos expuesto las reglas que deben determinar los derechos personales, es decir, la capacidad y la personalidad jurídica del indivíduo considerado como miembro, ya de la sociedad pública, ya de la familia. En éste nos proponemos investigar la ley que debe regir los derechos del indivíduo sobre su patrimonio.

El patrimonio de una persona comprende todos los bienes sin distincion, es decir, todo lo que puede producir alguna utilidad: *Bona ex eo dicuntur quod beant, hoc est beatos faciunt, beare est prodesse* (1); y en la significacion más lata, designa todo lo que puede contribuir al bienestar moral y material del hombre, y por consiguiente, á los derechos que se confunden con la existencia de las personas, como el derecho á la libertad, al honor y otros análogos. Considerado bajo este punto de vista, y hecha abstraccion de los elementos de que se compone, es el patrimonio una universalidad de derechos y un todo jurídico; ó lo que es lo mismo, la personalidad del hombre en relacion con los diferentes objetos de sus derechos (2). En un sentido más restringido y más propio, la palabra *patrimonio* expresa todo lo exterior á la persona, lo que puede estimarse como valor pecuniario, lo que pertenece directa y absolutamente, ya bajo todas las relaciones, ya solo bajo algunas de ellas, como objeto de nues-

(1) L. 49, Dig., *De verb. signif.*, Lib. 50, tit. 16.
(2) Zacarías, *Der. civ.*, 2.ª parte, 1, 2, § 573.

tros derechos civiles; comprende las cosas corporales y las prestaciones, es decir, los servicios apreciables en valores pecuniarios, que una persona está obligada á prestarnos.

Para hablar completamente de la ley que debe arreglar los derechos patrimoniales, dividiremos este libro en tres secciones. Trataremos en la primera de los *derechos patrimoniales* y *reales*, que pueden tener por objeto, ya las cosas que nos pertenecen en propiedad, ya las de otros. En la segunda, trataremos de los derechos que tienen por objeto una prestacion, es decir, el cumplimiento de una obligacion; y por más que estos provienen siempre de una relacion obligatoria, y presuponen necesariamente dos personas, una de las cuales está obligada á cumplir una cosa en provecho y para utilidad de la otra, los designaremos con el nombre de *derechos de obligacion*. En la tercera, trataremos del derecho de disponer á título gratuito de todo ó de parte del patrimonio, es decir, del *derecho de sucesion*. Este último lo consideraremos tambien como un derecho patrimonial, porque se deriva del derecho de propiedad de que goza cada persona sobre su patrimonio, y comprende, no solo el derecho de trasmitir en todo ó en parte el patrimonio, sino tambien el de adquirir y reinvindicar el de una persona á quien se ha sucedido, es decir, la peticion de la herencia.

# SECCION PRIMERA.

## DERECHOS PATRIMONIALES REALES.

Son objeto de los derechos patrimoniales reales las cosas susceptibles de apropiacion, que forman parte de nuestro patrimonio, por más que los jurisconsultos hayan imaginado cosas incorporales, *res incorporales*; la palabra *cosa* designa propiamente un objeto material no dotado de capacidad jurídica, que cáe bajo nuestros sentidos. Con esta significacion la emplearemos en general, y hablaremos de ella solo en cuanto la cosa puede ser objeto de un derecho civil perteneciente á un extranjero.

Los mismos objetos que, considerados con arreglo á su naturaleza constitutiva, son llamados *cosas*, bajo la relacion de la utilidad que pueden prestar á la persona, se llaman *bienes*. En el derecho positivo, se ha introducido la distincion de bienes muebles é inmuebles, bienes corporales é incorporales, nomenclatura que no puede en rigor justificarse. En efecto, la expresion *bienes* designa la utilidad que una persona puede sacar de los objetos sobre que tiene derecho, y, por consiguiente, una simple cualidad de los objetos, ó si parece mejor, el resultado de los derechos á que sirven aquellos de materia. Solo admitimos que los derechos, bajo la relacion de los objetos, pueden distinguirse en muebles é inmuebles, designando con esta última denominacion los que tienen por objeto una cosa inmueble, como por ejemplo, el usufructo sobre bienes inmuebles, las servidumbres prediales, y las ac-

ciones que tienen por objeto inmediato ó mediato reclamar la propiedad inmueble ó cualquier otro derecho real.

Los derechos patrimoniales reales, no solo comprenden los derechos sobre la cosa que poseemos, *jura in re*, es decir, la propiedad y las acciones por las cuales puede ser protegida, sino tambien los que tenemos sobre la cosa de otro, *jus in re aliena*, como son las servidumbres, la enfiteusis, la superficie, la prenda y la hipoteca. Debemos hablar de ellos únicamente bajo la relacion de la ley que debe regirlos, cuando pertènecen á un extranjero (1).

---

(1) Hé aquí de qué modo introduce Fœlix el *derecho internacional privado*, en materia del estatuto real y del estatuto personal: «Así como la ley emanada del poder soberano de una nacion ejerce su imperio sobre la persona de todos los miembros de esta nacion, asimismo la ley abarca toda clase de bienes que se hallan en el territorio. Síguese de aquí, que las leyes de cada Estado rigen los bienes situados en el mismo país, sin distinguir si los indivíduos que tienen derecho sobre estos bienes son nacionales ó extranjeros. El indivíduo gobernado por la ley de su domicilio puede, por actos intervivos ó por última voluntad, ó por solo el efecto de la ley, adquirir bienes inmuebles ó muebles situados en un país extranjero regido por otra ley; con motivo de esta adquisicion, ó cuando más tarde dispone el propietario de los mismos bienes, puede presentarse un conflicto de las dos legislaciones, es decir, la cuestion de saber cuál de ellas debe ser aplicada.» (*Tratado de derecho internacional privado*, edicion de 1866, tomo I, p. 185).

# CAPITULO PRIMERO.

## DE LA LEY QUE DEBE REGIR LOS DERECHOS PATRIMONIALES REALES.

**182. Doctrina de los autores antiguos.—183. Está fundada en la distincion de leyes reales y personales.—184. Esfuerzos hechos por los jurisconsultos para extender la aplicacion de la ley real.—185. Importancia de la distincion en los tiempos modernos.—186. Doctrina de Fœlix.—187. Su aplicacion.—188. Doctrina de otros autores franceses.—189. Opiniones de Demolombe y de Zacarías.—190. Opinion de Rocco.—191. Legislacion inglesa.—192. Disposiciones del derecho positivo.—193. Razones con que se quiere justificar la doctrina de la realidad de las leyes.—194. La idea de la soberanía y de la propiedad en los tiempos modernos es esencialmente diferente de la misma idea en los tiempos feudales.—195. Base de nuestra teoría.—196. Significacion verdadera del art. 7.° del Código civil italiano.—197. Doctrina de los autores relativamente á la ley que debe regir las cosas muebles.—198. Disposiciones del derecho positivo.—199. Nuestra opinion.**

182. La mayor parte de los jurisconsultos antiguos y algunos modernos admiten como regla general que la ley de cada Estado debe regir exclusivamente, no solo la condicion jurídica de las cosas existentes en el territorio, sino tambien todos los derechos de la persona sobre aquellas, y el modo de adquirirlos y de trasmitirlos; de suerte que, para decidir del valor y de la validez de un acto jurídico cualquiera, que

tenga por objeto cosas inmuebles, deberá aplicarse exclusivamente la *lex rei sitæ.*

Voet dice: «*Quid si itaque contentio de aliquo jure in re seu ex ipsa re descendente, vel ex contractu, vel actione personali, sed in rem scripta? An espectabitur loci statutum, ubi dominus habet domicilium, an statutum rei sitæ? Respondeo statutum rei sitæ;*» y termina como conclusion su razonamiento por una regla breve y absoluta: *immobilia statutis loci regantur ubi sita* (1).»

Boullenois acepta el mismo principio: las leyes reales no tienen extension directa ni indirecta fuera de la jurisdiccion y de la dominacion del legislador (2).

---

(1) Voet, *De Statut.*, § 9, cap. I, núm. 2, pág. 253; n. 3 id.

(2) Boullenois, *Princ. gen.*, 27.

El sistema á que alude aquí M. Fiore, para combatirlo más tarde, y en mi sentir con mucha razon, puede resumirse y formularse de este modo:

1.° Las leyes de cada Estado afectan, obligan y rigen de pleno derecho todas las propiedades inmuebles y mobiliarias que se encuentran en su territorio, y todas las personas que habitan este territorio, hayan ó no nacido en él. Estas leyes afectan y rigen todos los contratos anteriores, todos los actos consentidos ó perpetrados en la circunscripcion de este mismo territorio. Por consiguiente, cada Estado tiene el poder de arreglar las condiciones bajo las cuales, existiendo las propiedades inmuebles y mobiliarias en los límites de su territorio, pueden ser poseidas, trasmitidas ó expropiadas, como tambien determinar el estado y la capacidad de las personas que en él se hallan, la validez de los contratos, y otros actos que han tenido orígen en él, y los derechos y obligaciones que de ellos resultan, etc.

2.° Ningun Estado ni nacion alguna puede afectar directamente, ó arreglar por medio de sus leyes, los objetos que se encuentran fuera de su territorio, ó afectar y obligar á las personas que no residen en él, esténle ó no sometidas por el hecho de su nacimiento.

3.° Todos los efectos que pueden producir en el territorio de una nacion las leyes extranjeras dependen absolutamente del consentimiento expreso ó tácito de esta nacion.

4.° La aplicacion del Estatuto real se funda en el principio de la soberanía del territorio, y esta regla es la que debe aplicarse siempre que no se halle en el caso de una excepcion á la que se debe recurrir siempre en los casos dudosos.

183. Para apreciar las consecuencias jurídicas de estos principios, seria necesario determinar lo que los antiguos entendian por *leyes reales*. Confesamos, sin embargo, que es tan grande la confusion de las dos ideas *personalidad* y *realidad*, que nos es muy difícil dar de ellas nociones claras y completas. El mismo Hercio escribe: «*Cœterum junioribus plerisque placuit distintio inter estatuta realia, personalia et mixta. Verum in is definiendis mirum est quam sudant doctores* (1).» En efecto, las definiciones parecen claras y precisas, pero son impotentes para poner fin á las interminables controversias, porque en la aplicacion comienza el desacuerdo, y por consiguiente, la confusion.

---

5.ª La aplicacion del Estatuto personal es una excepcion á esta regla, excepcion fundada en el acuerdo casi unánime de los autores que afirman una convension tácita de las naciones.

(*N. de P. F*).

(1) Hercius, *Opera De colisione leg.*, § 4, núm. 3.

Cierto que la confusion es extrema; pero esto depende de que los autores traen á ella muchas sutilezas y poca buena fé. Las leyes reales son las que se refieren principalmente á los bienes, á su conservacion en manos ó en la familia del individuo, á los modos de su trasmision, etc. Las leyes *personales* son las que se ocupan particularmente de las personas, y en las que el legislador tiene por fin principal arreglar su estado y precisar la capacidad mayor ó menor que de ellas se desprende. Convengo en que puede suceder, en muchos casos, que una ley tenga simultáneamente por objeto la persona y los bienes, y que, por consiguiente, sea difícil decidir si es real ó personal. Pero aún en estos casos, con un poco de atencion, sin ningun prejuicio, se llega pronto á comprender la distincion. Basta con hacer abstraccion completa de la manera como puede estar redactada la ley, para atender sólo al fin último y definitivo que se ha querido alcanzar mediante ella y al pensamiento principal que preocupaba al legislador al escribirla. Cuando la ley ha atendido principalmente á la capacidad de la persona, y cuando ésta capacidad es lo que quiere arreglar ó explicar indicando sus resultados; cuando la disposicion sobre los bienes no es más que la consecuencia de esta capacidad, la ley es entonces *personal*. Cuando por el contrario, son los bienes, sus modos de trasmision, los medios de conservarlos, etc., lo que el legislador quiere conseguir ante todo; cuando no establece la incapacidad de la persona sino como un medio para llegar á este fin, entonces, cualesquiera que sean

La mayor parte de los autores llaman estatutos personales á los que tienen por objeto inmediato la persona, y por objeto accesorio los bienes; *estatutos reales*, por el contrario, á aquellos que tienen por objeto principal los bienes; y *estatutos mixtos*, á los que se refieren á las personas y á las cosas (1). Aplicando estas definiciones y determinando si la ley es real ó personal, se encuentran las opiniones más extrañas. Bartolo, entre otros, dice que es necesario examinar atentamente los términos de la disposicion legal. Si un estatuto dice, por ejemplo: «Los bienes del difunto pertenecerán al hijo mayor,» se aplicará á todos los bienes existentes en el territorio, *quia jus afficit res ipsas, sive possideantur á cive, sive ab ad vena*; si, por el contrario, dijese el estatuto «el hijo mayor sucederá,» dispondrá en vista de la persona y se aplicará, por consiguiente, solo á los ciudadanos (2). Luego, segun Bartolo, la realidad ó la personalidad del estatuto depende del órden de las palabras y de la construccion del período.

Lebrun dice que el estatuto porque se rigen los actos particulares de la persona es real: tales son, segun él, el estatuto que prohibe á la mujer casada hacer donaciones, y el senado-consulto veleyano, que le prohibe garantizar las deudas de otro (3), mientras que Boullenois, en sus *Principios generales*, pone como ejemplo de un estatuto puramente personal el senado-consulto veleyano (4).

184. Sin extendernos en digresiones inútiles, nos detendremos á observar el hecho de que treinta ó cuarenta jurisconsultos de primer órden han discutido extensamente sobre la realidad y la personalidad de los estatutos, y se han dividido enseguida en dos campos. Por una parte, Argentré, Mevio y casi todos los jurisconsultos holandeses, Delaurier, Froland y otros, se esfuerzan en hacer que predomine en todos los

---

los términos de la disposicion, es estatuto *real*. (V. Marcadé, *Elementos de Derecho civil francés*, explicacion del art. 3.° del Código civil, número 3, edic. de 1844 t. I. pág. 50 y 51).

(1) Merlin, *Repert.*, v. *Statut.*

(2) Bartolo, *Ad. cod.*, l. I, t. I, l. I, *quntos populos*, citado por Story, § 14.

(3) Lebrun, *Tratado de la comunidad*, lib. II, c. 3, § núm. 20.

(4) Boullenois, *Princips. gener.*, 14, p. 5.

estatutos la realidad. Por otra parte, Dumoulin, Coquille, Stockmans, Gerard Titius, Bouhier, Prevost-la-Janés y otros, intentan demostrar la superioridad de la personalidad. Representa, pues, la lucha de dos principios: el principio feudal que considera al individuo como un accesorio del suelo, y la tierra como superior á la persona, porque absorbia y contenia todos los derechos del hombre; y el principio de los jurisconsultos filósofos, que se esforzaban por emancipar al individuo de las cadenas del feudalismo, dándole su dignidad y sus derechos. Es verdad que la ley del lugar en donde estaban situados los bienes arregló en gran parte los derechos de las personas que eran de ellos propietarias, sometiéndolos á las leyes vigentes en el territorio, y de este modo, el expepediente de la *Cómitas gentium*, por el cual se queria modificar el principio rigoroso de la territorialidad de las leyes, se ha hecho ilusorio, porque la aplicacion de la ley personal solo ha sido otorgada en los casos en que determinaba el estado abstracto de la persona, independientemente de toda relacion real con las cosas.

Principalmente, los autores que se esforzaban en ampliar la aplicacion de la ley territorial, hacian depender de ésta la mayór parte de las relaciones jurídicas. Hasta la capacidad de adquirir ó de trasferir un inmueble fué determinada por la *lex rei sitæ*, y por consecuencia, la persona incapaz de enagenar, segun su ley personal, podia hacerlo válidamente cuando su incapacidad no existia segun la *lex situs* (1), y recíprocamente. El mismo Rodemburgo, que no acepta este principio, admite que la capacidad ó incapacidad de hacer una donacion ó un testamento debe ser apreciada segun la *lex rei sitæ*. Tal es la opinion de otros muchos jurisconsultos (2) y del mismo Boullenois, que, despues de haber discutido extensamente la cuestion de saber si la capacidad de testar es personal ó real, concluye afirmando que, cuando se trata de propiedades inmuebles, debe aplicarse la *lex rei sitæ* (3). Para los derechos reales, de cualquier naturaleza y

---

(1) Story, § 431.

(2) Rodemburg, tít. II, cap. I; Froland, *Memor. de Stat*, 65, 66; Huberus, lib. I. tít. 3, § 12; Bouhier, *Cost. de Borg.*, cap. 23, § 90. Merlin, *Rep. Test.*, § 1 y 5.

(3) Boullenois, *Observ.* 28, p. 728.

condicion que sean, ha sido aceptado por todos el principio de hacerlos depender exclusivamente de la *lex situs*; y, por consiguiente, los derechos de los conjuntos sobre el patrimonio, los del padre y de la madre sobre los bienes de sus hijos, la parte legítima perteneciente á los mismos, los derechos que se desprenden de los contratos, de las rentas, de las sucesiones, de las sustituciones, de las representaciones, de las donaciones y de otras fuentes análogas, deberian, segun la mayor parte de los autores, depender exclusivamente de la ley del lugar en donde está situada la cosa.

Froland formula su doctrina y la de la mayor parte de los jurisconsultos contemporáneos de la manera siguiente: «La primera regla es la de que el estatuto real no sale de su territorio. De aquí que, cuando se trate de sucesion, de la manera de distribuir, de la cantidad de bienes de que se puede disponer libremente intervivos ó por testamento, de la enagenacion de inmuebles, de dotar á la mujer ó los hijos; de legítima, de derecho de patria potestad, de derecho de viudedad y otros análogos, es necesario seguir las costumbres del lugar en que estén situados los bienes (1).»

Notaremos, en fin, que algunos, aunque pocos, han llegado hasta sostener que las formalidades y hasta las solemnidades de los actos que tengan por objeto un inmueble, deben ser arreglados, para ser válidos, por la ley del lugar en donde la cosa existe, por mas que el acto se haya estipulado en país diferente. «*Si quidem solemnitates testamenti*, dice Burgundius, *ad jura personalia non pertinet*; *quia sunt quædam cualitas bonis ipsis impresa, ad quam tenetur respicere quisquis in bonis aliquid alterat. Nam ut jura realia nom porrigunt effectum extra territorium, ita et hanc præ se virtutem ferunt quod nec alieni territorii leges in se recipiant* (2).» Boullenois, dice por su parte: «cuando la ley exije

(1) Froland, l. c., 156. 49, 60, 66, 67; Argentré, *Ad. Bret. leg. de donatione*, art. 218; Glos, c. n. 46; Burgundius, *Tract.*. 2. n. 10, p. 63, etcétera.

(2) Burgundius, *Trac.*, 6, n. 2, p. 128.

ciertas formalidades, que están unidas á las cosas mismas, debe seguirse la ley de la situacion (1).»

No nos estenderemos más sobre este punto, pues lo dicho basta para dar á conocer, cómo por la distincion de la realidad y de la personalidad se ha llegado á hacer de los derechos del individuo y de la familia un accesorio del suelo. Considerando, en efecto, que la base de todo el derecho civil es la propiedad, y que, segun la teoría anteriormente citada, todos los derechos del hombre sobre las cosas deben arreglarse á la *lex rei sitœ*, se comprende facilmente que, en último térmimino, la tierra es la que absorbe todos los derechos del hombre en el sistema que exponemos. Las consecuencias eran mucho más graves en el tiempo en que este sistema fué sostenido y aplicado, porque la infinidad de legislaciones vigentes unas al lado de otras hacian inciertos todos los derechos de las personas y de las familias.

185. En los tiempos modernos han cambiado las condiciones: la promulgacion de los Códigos ha hecho cesar la confusion y la anarquía legal, aboliendo las legislaciones locales, las ordenanzas reales, las costumbres y los estatutos. Por otra parte, al principio feudal, herencia del derecho bárbaro, y al principio municipal, recuerdo de las tradiciones romanas, los cuales tendian á dividir el Estado en infinidad de pequeñas fracciones territoriales, ha sucedido el verdadero principio organizador de las sociedades políticas, es decir, el de las nacionalidades. La cuestion de la extension de las leyes reales, tiene, sin embargo, una gran importancia, porque, por una parte, los jurisconsultos modernos han querido reproducir ciertos principios, que son consecuencia de las tradiciones feudales de la soberanía y de la propiedad, y por otra, los legisladores no han determinado claramente el límite de la autoridad de cada soberano para todo aquello que se refiere á las cosas existentes en el territorio de un Estado, y á los derechos que las personas pueden tener sobre estas mismas cosas.

186. Aun reconociendo que la doctrina de la realidad de los Estatutos, en la Edad Media, tuvo por base el principio

---

(1) L. C., n. 46, t. II, p. 467; Argentré, l. c., art. 218, n. 2; Burgundius, l. c., 6, n. 2 y 3; Rodemburg, *De Div. stat.*, tít. 2. capítulo 3, § 1 y 2.

del derecho feudal, no encuentra Fœlix (1) ninguna dificultad en reproducirla, casi en toda su integridad, en los tiempos presentes. Partiendo del principio equitativo de que cada nacion ejerce su autoridad sobre los bienes de toda clase existentes en su territorio, establece como regla, que la ley real rige los bienes situados en el Estado, y excluye la aplicacion de la ley personal del propietario y de la ley del lugar en donde se ha estipulado el acto. Define la ley *personal:* «La que dispone de la universalidad del estado de la persona, y establece, cambia ó modifica este estado en toda su extension; y la ley real como la que prescribe las reglas relativas á la posesion ó á la trasmision de los bienes inmuebles, y á los derechos reales que sobre ellos pueden ejercerse, ó que permite ó prohibe á la persona ciertos actos que la ley personal le prohibe ó le permite.» Esta ley real, añade, rige los bienes situados en la extension del territorio para el cual se ha dado, excluyendo la aplicacion, tanto de la *ley personal del propietario, como la de la ley del lugar en donde se ha verificado el acto* (2). Fœlix cita, en apoyo de su opinion, á Argentré, Burgundius, Rodemburg, Boullenois, Huber, Titman, Story, Burge, Rocco y otros muchos, sin tener en cuenta que, reproducir su doctrina en los tiempos presentes, bajo beneficio de inventario, equivale á volver á la Edad Media (3).

---

(1) *Tratado de Derecho internacional privado*, n. 58.

(2) Idem id., n. 56, p. 102, tercera edicion.

(3) La ley es personal, dice Fœlix, cuando dispone de la universalidad del estado de la persona; cuando establece, cambia ó modifica este estado *en toda su extension*. Toda otra ley, ya se limite á prescribir reglas relativas á la posesion ó á la trasmision de bienes inmuebles ó á los derechos reales que pueden ejercitarse sobre estos bienes, ya permita ó prohiba á la persona ciertos actos que su estado universal le prohibe ó le permite, es una ley real. Esta ley real rige los bienes situados en la extension del territorio para que se ha dado, excluyendo la aplicacion, lo mismo de la ley personal del propietario, que la del lugar en donde se ha verificado el acto; pero los efectos de esta ley no alcanzan nunca fuera de los límites del territorio. Tal es la regla reconocida por todas las naciones y profesada por todos los autores. «El anotador de Fœlix, M. Demangeat, no admite que no haya más ley personal que aquella que dispone de la universalidad del estado y de la persona.» En otros términos, dice, la ley que per-

Nos contentaremos con indicar algunos casos de aplicacion del estatuto real referidos por el mismo autor que están en oposicion manifiesta con el sistema por nosotros adoptado.

187. La ley del lugar en donde está situado un inmueble, dice, rige la adquisicion del derecho de usufructo legal, la extension del mismo y la obligacion de la persona á quien se debe el usufructo, y por esto es por lo que no puede disfrutarse del usufructo paterno ó materno (art. 384 del Código civil francés), sino cuando está autorizado por la ley del lugar en donde está situada la cosa. Haciendo la misma ley abstraccion de la capacidad general del indivíduo, arregla todo lo que se refiere á la sucesion *ab-intestato* en cuanto á los inmuebles, la distribucion de la llamada sucesion; la capacidad de disponer de un inmueble ó de recibirlo por donacion intervivos ó por testamento; la cantidad ó la porcion disponible; las prohibiciones hechas á ciertos indivíduos de adquirir ó enagenar inmuebles; las obligaciones que nacen de la venta de un inmueble; las causas que producen su nulidad, la resolucion y la rescision; las obligaciones que resultan del arrendamiento y de la anticresis de inmuebles; de los derechos de hipoteca legal, convencional ó judicial. La ley del domicilio de las partes o la del que dispone de los bienes será la que deba aplicarse cuando se trate de los bienes muebles (1).

Tales son los puntos principales sobre que nos hallamos en desacuerdo con el autor precitado, y hemos querido notarlos para manifestar de qué modo entiende la realidad de la ley y los casos en que aplica exclusivamente la ley territorial. No podemos refutarlo aquí punto por punto ni exponer nuestra opinion sin trastornar el plan que nos hemos propuesto seguir, pero combatiremos en su lugar oportuno las proposiciones enunciadas.

188. Casi todos los autores franceses, tal vez á causa de

---

**mite ó prohibe á la persona ciertos actos que, segun su estado general, parece incapaz ó capaz de hacer, esta ley no es, en nuestro sentir, necesariamente una ley real. (Edicion de 1866, t. I, p. 166 y siguientes).**

**(*N. de P. F.*)**

**(1) Fœlix, l. c., núm. 60.**

las tradiciones científicas que les han sido trasmitidas por los grandes jurisconsultos de Francia que han escrito antes de la promulgacion del Código de Napoleon, han reproducido en nuestra época la distincion de las leyes reales y de las personales, haciendo de ellas falsas aplicaciones inconciliables con los progresos del derecho. Algunos como Demangeat y Dragoumis se alejan de la opinion de la mayoría, y sostienen principios más liberales; pero otros muchos, si no están en todo conformes con Fœlix, aceptan en gran parte sus conclusiones respecto de la ley real y de su aplicacion.

189. Demolombe admite tambien como regla general que las leyes reales rigen indistintamente todos los inmuebles pertenecientes á los extranjeros (1). Define la ley real: aquella cuyo objeto predominante y esencial son los bienes y que se ocupa accidentalmente de las personas (2); no vacila en considerar, entre otras, como leyes reales, todas aquellas que determinan los diferentes derechos que tienen por objeto los bienes (3), los que arreglen la trasmision de los bienes *ab-intestato* (4), la ley sobre la reserva y la cantidad disponible (5) y la que determina la parte del hijo natural reconocido en la sucesion del padre y de la madre (6); la que fija la cantidad de los bienes disponibles entre cónyuges (7); la que declara inenagenable la dote (8), y concluye que todas las leyes reales en general, y en particular las citadas por él, rigen los inmuebles, pertenezcan á quien quieran. Nos hemos impuesto por el momento no hacer más que indicar las aplicaciones, por las cuales estimamos que el autor precitado se aleja de los principios de lo justo, y lo demostraremos en su lugar oportuno.

Zacarías, que es el más exacto y profundo comentador del Código civil francés, y que en su excelente obra, nunca bas-

(1) Demolombe, *Del efecto y de la aplicacion de las leyes*, núm. 90.
(2) Idem núm. 76,
(3) Idem núm. 77.
(4) Idem núm. 79.
(5) Idem núm. 80.
(6) Idem núm. 81.
(7) Idem núm. 83.
(8) Idem núm. 85.

tante estudiada, ha sabido conciliar la concision con la claridad, está de àcuerdo, bajos ciertos puntos de vista, con los dos autores citados anteriormente. Por más que haya dado una definicion más racional del estatuto real, que, segun él, se compone de las leyes que tienen por objeto *inmediato* y *principal* determinar la condicion jurídica de los bienes, sin embargo, admite que deben depender del estatuto real las reglas relativas á la devolucion de las sucesiones *ab-intestato* regulares ó irregulares, ordinarias y anormales; las reglas relativas á las sucesiones testamentarias; las que restringen la facultad de disponer á título gratuito, sea de una manera absoluta ó relativamente á ciertas personas determinadas y las que rigen la parte disponible de bienes, sea ésta ordinaria ó excepcional (1).

En Italia, la superioridad exclusiva de la ley territorial para todas las cuestiones que se refieren á las cosas, tiene un valiente defensor en Rocco, ilustre jurisconsulto contemporáneo, que ha publicado su docta obra antes de la promulgacion del Código. Acepta como fundamental la distincion de las leyes *personales* y *reales*; comprende en las leyes reales todas aquellas que disponen de las cosas independientemente de las personas, y para decidir, en los casos particulares, si debe aplicarse con preferencia nuestra ley ó la ley extranjera, examina si en la disposicion ha de prevalecer la personalidad ó la realidad. La definicion que da de la ley real (2) no es más clara que la de sus predecesores, y por consiguiente hay en ella equívocos y da lugar á falsas aplicaciones. Admite, en efecto, que nuestra ley debe regir, no solamente la condicion jurídica de las cosas que se hallan en nuestro territorio, sino tambien y exclusivamente los derechos de sucesion sobre los inmuebles (3), las condiciones entre los cónyuges, la parte le-

---

(1) Zacarías, *Derecho civil francés*, § 31, núms. 2 y 3.

(2) Rocco, *Derecho civil internacional*, parte 1.ª, caps. 19 y 20.

(3) Véase lo que á este propósito dicen los artículos 6, 7 y 8 del Código civil italiano: «Art. 6.° El estado y la capacidad de las personas, como las relaciones de familia, son regidas por las leyes de la nacion á que pertenecen. Art. 7.° Los bienes inmuebles están sometidos á la nacion de su propietario, salvo las disposiciones contrarias de la ley del país en que se hallan. Los bienes inmuebles están sometidos á la ley vigente en el lugar de su situacion. Art. 8.° Las sucesio-

gítima de los hijos y los derechos del hijo natural, la edad en que se permite testar, la irrevocabilidad de las donaciones intervivos, los derechos de los cónyuges sobre los bienes y todos los derechos que tienen por objeto los inmuebles existentes en nuestro territorio, no obstante que el sujeto del derecho sea extranjero (1).

191. Las más rigorosas y arbitrarias aplicaciones de esta doctrina son las que se encuentran en la legislacion y en la jurisprudencia inglesa (2), en las de la América Septentrional, en Escocia (3) y de algunos puntos de Alemania (4). No nos detendremos en enumerarlas, porque el principio general, segun el *Common law*, es que las relaciones de toda especie sobre la propiedad inmueble deben ser regidas por la ley vigente en el territorio en donde los bienes están situados. Este principio se aplica rigorosamente á los pequeños detalles, y por consiguiente, á la capacidad de adquirir, de enagenar y de trasmitir; á los derechos derivados de una ley, de un contrato, ó de actos de cualquier naturaleza, y hasta las formas y solemnidades necesarias para adquirirlas deben ajustarse exclusivamente, en cuanto á su validez, al *Common law*; de suerte que ningun acto que tenga por objeto una sucesion ó una traslacion de dominio puede ser válido sin haber observado las formalidades prescritas por la ley local *(except. according to the formalitiés prescribed bythe local law)* (5).

192. Las disposiciones vagas é indeterminadas de las legislaciones de Europa favorecen en cierto modo la opinion predominante. El Código de Baviera, el primero, en el órden cronológico, de los Códigos de Alemania, somete á la *lex rei*

---

nes legítimas y las testamentarias, en lo que concierne al órden de sucesion, ó á la cantidad de sus derechos y la validez intrínseca de estas disposiciones, son regidas por la ley de la nacion de aquel de cuya herencia se trata, sea cualquiera la naturaleza de los bienes y el país en que se encuentra.»

(1) Rocco, l. c., parte 2.ª, caps. 2, 4 y 6.

(2) Story, *Conflict of law*, cap. 10; Burge, *Common law*, parte segunda, cap. 12.

(3) Livermore, *Disertaciones*.

(4) Mitermaier, *Proced. compar.*, § 109.

(5) Story, § 430, 421, 435 y 448.

En los países en donde el derecho civil ha conservado hasta el

*sitæ in causis realibus et mixtis* todos los bienes corporales ó incorporales, muebles ó inmuebles (part. 3.ª, c. 2, § 17). El Código prusiano (§ 35, introduccion) establece que los bienes inmuebles están regidos por la ley de la jurisdiccion en cuyo dominio están situados, sin referirse para nada á la persona del propietario. El Código austriaco (§ 300) consigna todas las cosas inmuebles están sometidas á la ley del lugar en que se encuentran situadas. Segun el Código francés (art. 3, § 2), los inmuebles, áun los poseidos por los extranjeros, son regidos por la lêy francesa. Una disposicion conforme con esto tiene el Código badenés, el del reino de Polonia (art. 3), el holandés (art. 7), el del canton de Vaud (art. 2), el de Berna (articu-

---

dia las huellas del régimen feudal, dice Fœlix, la aplicacion del estatuto real ha conservado su antigua extension; tal sucede en Inglaterra y en los Estados-Unidos. Segun el *Common Law* y el derecho escocés, los derechos sobre los inmuebles se arreglan exclusivamente por la ley de su situacion: la legislacion no admite ninguna influencia del derecho extranjero sobre los inmuebles situados en el Estado. Así, pues, la capacidad de adquirir y de enagenar los inmuebles situados en Inglaterra ó en los Estados-Unidos, es determinada exclusivamente por las disposiciones del *Common Law*. Lo mismo sucede respecto de la forma de los actos de adquisicion y enagenacion, de la prohibicion de enagenar, de la cuestion de saber si ciertos objetos son muebles ó inmuebles, si las adquisiciones de derechos sobre los inmuebles por solo la fuerza de la ley (*by operation of law*), por ejemplo, el de viudedad. La regla de que los inmuebles son exclusivamente regidos por las leyes del Estado en donde se hallan situados, en cuanto á la sucesion ó á la enagenacion de estos bienes, se aplica por la jurisprudencia internacional de los Estados-Unidos y de la Gran Bretaña á los actos relativos á la enagenacion de inmuebles, no solo entre los Estados independientes, sino tambien entre las diversas partes de la misma Confederacion ó imperio, como entre Inglaterra y Escocia, y entre los diferentes Estados de la Union americana.

En los contratos para la compra ó venta de las tierras, sea en Inglaterra ó en América, el *statute of frauds* exige que todos los contratos concernientes á los bienes inmuebles ó á los intereses de tales bienes sean hechos por escrito, sin cuyo requisito son nulos. Si en Francia se hiciera tal contrato, bajo palabra, ó de cualquier otra manera, no conforme á la *lex rei sitæ*, para la compra ó la venta de tierras situadas en Inglaterra ó en América, y este contrato estuviese

lo 4), el de Friburgo (art. 1), el de Luisiana (art. 9) (1). El Código civil italiano dispone tambien que los inmuebles sean sometidos á las leyes del lugar en que están situados.

193. Las razones con que pretenden justificar tan gran uniformidad del derecho positivo y las aplicaciones que de él se han hecho, se fundan en el principio general del derecho público, que el soberano de cada Estado ejerce exclusivamente el poder, la autoridad y la jurisdiccion sobre el territorio; este principio lo admitimos tambien, entendiéndolo, sin embargo, en su justo sentido. No justifica las disposiciones genéricas é indeterminadas del derecho positivo, las cuales no son suficientes para distinguir en los casos particulares cuándo la ley territorial es absoluta y rigorosamente obligatoria. Tampoco es posible, partiendo de las ideas más indeterminadas de la personalidad y de la realidad, conseguir precisar estas dispo-

---

conforme con lo que prescribe la ley francesa sobre este punto, seria enteramente nulo en el caso de una accion intentada para hacerlo ejecutivo, ya sea en Inglaterra, ya en América, porque todo contrato real debe regirse por la *lex rei sitæ*. Mansfield dice: «Existe una distincion entre los estatutos locales y los personales. Los primeros se aplican á las cosas que se hallan realmente en algun punto de Inglaterra; tal es el *statute of frauds* que se aplica á las tierras situadas en este reino. Así, pues, los contratos de agiotaje y los estatutos á ellos concernientes, se refieren á nuestros valores locales. Los estatutos personales conciernen á los contratos transitorios, tales como los empréstitos ordinarios y las prendas.» En otra relacion, en la misma causa, y despues de otro argumento, dice: «En toda disposicion ó contrato, cuando la materia objeto de este se refiere localmente á Inglaterra, debe regir la ley inglesa, y debe haberse querido que rija. Así, pues, un acto de cesion ó un testamento concediendo tierras, una hipoteca, un contrato concerniente á fondos, deben ser juzgados en Inglaterra; y la naturaleza local de estas cosas exige que sean ejecutadas con arreglo á la ley de este país.» El Tribunal Supremo de los Estados-Unidos ha decidido, en una porcion de casos, que el título á los bienes raices solo puede adquirirse ó perderse del modo prescrito por la ley del lugar en donde tales bienes se hallan situados. (Véase Fœlix, *Tratado de derecho internacional privado*, núm. 58, y el comentario sobre Wheaton, por W. Beach Lawrence, t. III, páginas 73 y 74).

(*N. de P. F.*)

(1) Fœlix, núm. 59.

siciones en cuanto se aplican á las relaciones jurídicas de que las cosas pueden ser objeto. Por consiguiente, bajo todas las relaciones hay que indagar los principios más justos y racionales.

194. Es verdad que el territorio es, en cierto modo, la base material de la soberanía del Estado; que el soberano ejerce exclusixamente la jurisdiccion y el *jus terrendi* (1) en toda la extension de éste, y que los inmuebles que le componen no pueden ser regidos en nada por una ley extranjera, porque solo el propietario es aquí el extranjero. Pero no es verdad que todas las relaciones entre el propietario extranjero y su propiedad, los derechos de toda la clase y de cualquier título, y hasta la capacidad de adquirir, de enagenar y de trasmitir las cosas inmuebles, deban depender de la *lex rei site* como pretende Fœlix. Esto equivaldria á considerar los derechos del hombre y de la familia como accesorios de la tierra, como ocurria en los tiempos feudales.

La Constitucion feudal estaba basada esencialmente en el régimen de la propiedad, y fué un efecto de la conquista. Cada jefe de tribu se instaló en los dominios más ó ménos extensos por él conquistados, y dividió la tierra entre sus compañeros de armas. Cada uno de éstos, sin desconocer la supremacía de su propio jefe, se convirtió en soberano en la extension de sus dominios y de su feudo, y para tener sus leales, su corte, su ejército, subdividió sus tierras y concedió una parte á sus vasallos y subvasallos, formándose así una cadena que se estendió cada vez más por la omnipotencia de los señores y la debilidad de los antiguos propietarios alodiales. Siendo éstos impotentes para defender sus bienes, se vieron obligados á colocarse bajo la proteccion de un señor y á considerar su tierra como si la hubiesen recibido de él en un principio. De este modo el sistema feudal absorbió, no sólo las personas de la raza conquistadora, sino tambien á los indígenas propietarios de las tierras; todos se convirtieron en vasallos y subvasallos, y la propiedad fué para todos una concesion.

---

(1) *Territorium est universitas agrorum intra fines cujusque civitatis quod ab eo dictum quidam ajunt, quod magistratus ejus loci intra eos fines terrendi, id est, submo vendi jus habet* (Dig., *De verb.* sig:, l. 239, § 38).

En esa vasta gerarquía de propiedades y de personas que se llamó feudalismo, la tierra absorbia definitivamente al individuo y todos sus derechos. Todo poseedor de la tierra adquiria los privilegios anejos á su feudo, y debia poseerlo y gozar de él con arreglo á la constitucion originaria y á la investidura obtenida por gracia del señor. No adquiria los derechos del propietario libre, y por consiguiente, no podia disponer de la cosa ni trasmitirla á su antojo; por el contrario, las relaciones personales entre el poseedor y la tierra poseida, las relaciones conyugales y las de familia, estaban subordinadas á la ley constante é inmutable que arreglaba la posesion de la tierra, cuyo objeto final era el de conservar el carácter originario y constitutivo del feudo.

Cuando se sintió la necesidad de organizar un Gobierno para tener una apariencia de órden en medio del caos, los Estados que surgieron, conservaron la naturaleza de grandes feudos, y cada soberano conservó cuidadosamente todas las instituciones relativas á la propiedad de la tierra, las cuales afectaban directamente al principio político y á la Constitucion del Estado.

Si en nuestro tiempo durase todavía un estado de cosas semejante, comprenderíamos perfectamente la doctrina de la realidad de las leyes; pero es indudable que ha habido hechos importantes que han trasformado toda la organizacion social, y que á la soberanía y á la propiedad feudales, han sucedido la soberanía nacional y la libre propiedad. En la actualidad, la soberanía no está fundada en combinaciones ficticias, en privilegios, ni en relaciones territoriales, como en tiempo del feudalismo. No podemos considerarla ya como aislada, exclusiva, absoluta en su territorio; todas las disposiciones tienen por objeto los bienes; na están ya en relacion estrecha con el principio político que rige cada Estado. Por consiguiente, todas las leyes que determinan los derechos de las personas sobre las cosas, y los medios por que se adquieren, se enagenan y se trasmiten, no deben aplicarse cuando el propietario es extranjero.

195. Las leyes que se refieren á las cosas, deben, en nuestro sentir, dividirse en dos categorías. Unas que sirven para conservar el principio político, económico y constitucional del Estado, y la organizacion general de la propiedad; otras que proven al interés privado del propietario. Ningun extranjero

puede, en virtud de actos, de contratos, de disposiciones, de leyes ni de obligaciones de cualquier naturaleza que sean, derogar el derecho público del Estado; pero puede exigir que las disposiciones de su ley nacional, que rige sus intereses privados como propietario, sean aplicadas tambien á los bienes que posee en territorio extranjero, en todo aquello que no perjudique al interés del Estado ni el derecho público del lugar en que estén situadas las cosas.

Sin meternos, pues, á discutir sobre la personalidad ni sobre la realidad de las diferentes relaciones jurídicas, lo cual no tiene ninguna importancia en nuestro sistema, redúcese para nosotros toda la cuestion á examinar en qué casos perjudica la ley extranjera el derecho público del lugar en donde la cosa se halla situada (1).

196. La disposicion del art. 7.° de nuestro Código civil: «los bienes inmuebles están sometidos á la ley vigente en el punto donde radican,» está en perfecta armonia con los principios desarrollados por nosotros, por más que por su redaccion esté conforme con el art. 3.° § 2.° del Código de Napoleon, interpretado de un modo tan diferente por Fœlix, por Demolombe, por Duranton y por otros autores franceses. Nuestro legislador, por la disposicion antes citada, no ha querido poner sobre el tapete las famosas cuestiones de la personalidad y de

---

(1) La teoría expuesta en este capítulo es el desarrollo de lo que hemos escrito antes de la publicacion del Código civil italiano. «En sus relaciones jurídicas internacionales, puede invocar con razon el ciudadano la aplicacion de la ley particular del país que gobierna su estado y el de su familia, áun respecto de los bienes situados en otra parte; y la tiene tambien para invocar donde quiera la aplicacion de la ley que rige en su orígen los convenios estipulados por él, con tal que la aplicacion de la ley en el Estado de que no emana no perjudique el interés político y económico del Estado mismo, y que no esté en oposicion con los principios que el legislador ha consagrado como leyes de órden público, moral y religioso).» (*Nuevo Derecho internacional público*, traduccion de M. Pradier Foderé, edicion de 1868, tomo I, pág. 298); y más adelante en la pág. 303: «podemos, pues, establecer el principio general de que cada ciudadano puede adquirir una propiedad en los territorios de las diversas naciones, y puede gozar de él plenamente con arreglo á las leyes que regulan sus intereses personales, con tal que no perjudique el interés de la nacion donde radican los bienes.»

la realidad; y las ha eliminado, por el contrario, absoluta mente por las disposiciones contenidas en los artículos 6.°, 8.° y 9.°, con los que se debe armonizar el art. 7.° La capacidad de un extranjero para adquirir ó para enagenar un inmueble, está arreglada, en efecto, por la ley nacional (art. 6.°). Los derechos que los extranjeros pueden adquirir sobre los inmuebles existentes en Italia, ya en virtud de una sucesion legítima y testamentaria, ya por donacion ó por última voluntad, y la reserva de los derechos sucesivos, son arreglados por la ley nacional de la persona de la herencia de que se trata (art. 8.°). Los derechos que se derivan de un contrato son regidos por la ley que en un principio ha dado la forma para el mismo (art. 9.°). Resulta, pues, que el art. 7.° debe ser interpretado como sancion jurídica del principio general, que la soberanía ejerce exclusivamente el poder y la jurisdiccion en todo el territorio, que conserva por consiguiente el régimen de la propiedad, determina la condicion jurídica de las cosas y arregla el ejercicio de los derechos del propietario, sea ciudadano ó extranjero.

El art. 7, de este modo interpretado, significa que el magistrado italiano no debe permitir que un extranjero invoque la ley de su país para alterar el régimen económico de la propiedad en Italia (como por ejemplo, para gravar los bienes con ciertas servidumbres permitidas por el derecho feudal, pero no reconocidás por nuestra ley), para alterar la condicion jurídica de los bienes y la naturaleza y los efectos de la posesion, para introducir medios de ejecucion que no están permitidos por nuestra ley, ó para ejercer los derechos procedentes del matrimonio, de ventas, de contratos, de donaciones, de sustituciones y de otros derechos análogos en contradiccion con el régimen económico, industrial y agrícola de la propiedad en Italia. No puede decirse, sin embargo, que el magistrado italiano deba impedir que el propietario invoque la ley de que depende en todas las cuestiones de interés privado, como para decidir si los bienes del menor extranjero son ó no enagenables, con ó sin la homologacion del tribunal; si los bienes pertenecientes á la mujer extranjera son dotales ó comunes; si es tanta ó cuanta la porcion legítima correspondiente al hijo del extranjero, etc. (1).

(1) Hé aquí las observaciones que hace Mr. Huc á estos tres artícu-

197. Abordando ahora la cuestion de las leyes aplicables á las cosas muebles, notaremos que la distincion hecha por los jurisconsultos antiguos y por algunos modernos en cosas muebles é inmuebles, bajo la relacion de la ley que debe regirlas, es, ó nos parece á lo menos, arbitraria, y sólo sirve para aumentar la confusion que se desprende de esta teoría. En efecto, aquellos admiten que todas las relaciones jurídicas y los derechos sobre las cosas muebles deben ser regidos por la ley del domicilio del propietario, porque, en virtud de una ficcion jurídica, deben ser considerados como inherentes á la persona de

---

los (6, 7 y 8) del Código civil italiano: «El artículo 7 declara que los bienes inmuebles están sometidos á la ley de la nacion del propietario, salvo disposicion contraria de la ley del país en que se encuentran. Hé aquí, pues, resuelta, en el sentido más favorable á los extranjeros, una importante cuestion de Derecho internacional privado, sobre la que han surgido en Francia opiniones muy diversas. ¿Pero es cosa segura que el artículo 7 del Código italiano está redactado de modo que evite toda dificultad?» Creemos que puede dudarse de ello, y que su aplicacion no tardará en darnos á conocer algunas, porque el texto no distingue entre los muebles considerados individualmente y las universalidades de muebles, y hay circunstancias en que debe admitirse forzosamente esta distincion.

El artículo 7 añade que «los inmuebles son regidos por la ley vigente en el lugar donde se hallan situados.» El artículo 8 es tambien muy importante, y está concebido en estos términos: «Las sucesiones legítimas y testamentarias, ya en cuanto al órden de suceder, ya en cuanto á la medida de los derechos de sucesion y á la validez intrínseca de las disposiciones, son regidas por la ley de la nacion á que pertenecia el difunto, sea cualquiera el valor de los bienes y el país en que se hallen situados.»

En efecto, cuando se pregunta por qué ley deben ser regidos los inmuebles, y por cuál otra los muebles, ¿dónde está el principal y único interés de la cuestion? Evidentemente en la hipótesis de una sucesion abierta. Ahora bien; el artículo 8 decide que, en materia de sucesion, la devolucion de los bienes, *cualquiera que sea su naturaleza*, se rige por la ley de la nacion á que pertenecia el difunto. Se vé, pues, claramente, lo que debe suceder respecto de los inmuebles poseidos en Italia por un extranjero cuya sucesion está abierta. Estos inmuebles serán regidos por la ley italiana (art. 7, § 2) á no ser en lo concerniente á su devolucion por sucesion, que se regirán por la ley extranjera (art. 8). Pero, ¿qué sucederá respecto de los bienes muebles

éste. Por esto es precisamente por lo que se ha hecho muy comun ese antiguo adagio *mobilia ossibus personæ inherent, mobilia non habent sequelan.* Argentré, Le Brun, Voet, Rodemburg, Bretonnier, Bouhier, Boullenois (1) y otros muchos

situados en Italia? Segun el artículo 7, están sometidos á la ley del país de su propietario; el artículo 8 no varía nada de esto, declarando que su devolucion por sucesion se verifica con arreglo á la ley del país del propietario. El artículo 8 parece, por lo ménos, inútil en lo que concierne á los muebles, despues del artículo 7, ó era inútil hablar de aquellos en este artículo, teniendo intencion de declarar en el 8 que la devolucion de las sucesiones se haria siempre con arreglo á la ley personal del difunto. Es verdad que, para justificar estos dos artículos, puede decirse: el artículo 7 tiene por objeto confirmar la regla *movilia sequntur personam*, que, en adelante, tendrá la trascendencia de un principio de Derecho internacional, y el artículo 8 tiene por objeto resolver las cuestiones que en materia de sucesion surgieran con motivo de la aplicacion de esta regla. Pero como el principio *movilia sequntur personam* no puede aplicarse en materia de sucesion, nuestra crítica subsiste en toda su fuerza. Así, pues, tememos que estos dos artículos sean en la práctica una fuente de complicaciones que hubiera sido facil evitar. Podria sostenerse, en efecto, que siendo el artículo 8 especial en materia de sucesiones, era necesario admitir, para que el artículo 7 fuese de alguna utilidad, que éste último se aplica á todas las hipótesis que no tengan que ver con la trasmision de las sucesiones. Con este modo de argumentar, que hallaria un sólido apoyo en el texto de la ley, podrian sostenerse las teorías más singulares cuando se tratase de ejecuciones, de privilegios y de prescripciones surgidas respecto de los bienes muebles. Es, pues, evidente, que los redactores del Código civil italiano no han tenido intencion de someter á la ley extranjera las cuestiones de esta naturaleza; y á pesar de los términos del artículo 7, creemos que su doctrina se reduce á lo siguiente: los muebles, individualmente considerados, serán regidos por la ley del país en que se hallen; pero su trasmision por medio de la sucesion ó por testamento, será regida por la ley del país de su propietario. (*Estudios de legislacion comparada*, edicion de 1868, t. I, p. 18 y sig.)

(*N. de P. F.*)

(1) Argentré, *Consuct. brit.*, *De donatione*, art. 218, Glos 6, núm. 30; Le Brun, *Tratado de las sucesiones*; libro IV, cap. I, n. 28; Voet, *De stat*, § 4; capítulo 2, n. 2; Juan Voet, *Ad Pand.*, libro 38, título 17, § 34; Rodemburgo, *De div. stat.*, tít. 1, cap. 2; Bretonnier, nota á Henrys; lib. IV, cuest. 127; Bouhier, *Cost. de Borg.*, c. 25, § 2; Boullenois, *De la personalidad y de la realidad*, *observacion* 19.

aceptan la distincion, tan importante en su sistema por las consecuencias jurídicas que de ellas se derivan; Burgundus, entre otros, escribe: «*Bona moventia et mobilia ità comitari personam, ut extra domicilium ejus censeantur existere, adduci sane non possunt* (1).» Esta distincion encuentra todavía algunos defensores en nuestra época, tanto porque la han admitido sábios jurisconsultos, cuanto porque las disposiciones del derecho positivo son tan vagas é indeterminadas, que no resuelven ninguna controversia.

Las cosas muebles, dice Fœlix, ya sean corporales, ya incorporales, no pueden, por su naturaleza, tener una situacion cierta como las inmuebles; su destino depende de la voluntad de la persona á que pertenecen. Legalmente se presume que cada cual ha reunido todos sus bienes muebles en el lugar de su domicilio; por consiguiente, por más que de hecho se hallen en otra parte, se los considera por una ficcion legal como complemento de la persona, y deben ser regidos por la ley á que está sometido el propietario. «Por una ficcion legal se consideran los muebles como siguiendo á la persona y como sometidos á la misma ley que rige el estado y la capacidad de aquella, y ya hemos visto que esta ley es la del domicilio. En otros términos, dice al concluir, el estatuto personal rige los muebles corporales ó incorporales. Este estatuto es real á consecuencia de la ficcion que le reputa existente en el lugar regido por este mismo estatuto.» En apoyo de su opinion, cita, no sólo á casi todos los autores antiguos que han escrito sobre la materia, sino tambien á la mayor parte de los modernos, entre otros á Kent, Duranton, Story, Burge, Valette, Toullier, Rocco, etc. (2).

La doctrina Fœlix es tan generalmente acéptada por los autores antiguos y modernos de Inglaterra y de la Américа Septentrional, que algunos de entre ellos han creido deber afirmar que esta teoría debia ser considerada como de derecho de gentes, y Longborough, en la causa Sill, se expresa en estos términos: «Es una máxima conocida por todos, no sólo en el derecho inglés, sino tambien en la legislacion de todo pueblo que hace una ciencia del conocimiento del derecho,

(1) Bourgundus, trac. 2, n. 20, p. 71.
(2) Fœlix, n. 61, *Dro. Internacional privado.*

que los bienes muebles no tienen situacion legal, lo cual no significa que estos no estén en un lugar visible, sino que están siempre sometidos á la ley personal del propietario, no sólo en relacion á las disposiciones que á ella se refieren, sino tambien con relacion al derecho que pueda tener el propietario para trasmitirlos ó adquirirlos por sucesion, ó realizar actos de toda especie concernientes á ellos. Siguen siempre la ley personal (1).»

198. La doctrina consagrada por las diferentes legislaciones positivas es bastante vaga é indeterminada. Algunos han rechazado absolutamente la distincion, sometiendo los bienes muebles á la misma ley que los inmuebles. Esto sucede, por ejemplo, en el Código de Baviera (P. 1, c. 11, párrafo 17) que dice: «En las cuestiones reales y mixtas debe seguirse y observarse la ley establecida *in loco rei sitæ*, sin distincion entre las cosas muebles ó las inmuebles.» Los tribunales de la Luisiana, segun refiere Story, aplican á los bienes muebles la *lex rei sitæ*, no la de domicilio (2). Pero los demás Códigos se aproximan á la opinion dominante en el tiempo en que fueron redactados y se muestran favorables á la distincion. El Código de Napoleon sanciona la aplicacion de la *lex rei sitæ* para los inmuebles. Se ha dicho, por consiguiente, que la distincion es tácitamente admitida por la ley francesa. El Código austriaco, párrafo 300, dispone que los bienes inmuebles están sometidos á la ley del territorio en que se hallan situados, y todas las demás cosas á la ley de la persona de su propietario.

Segun el Código prusiano, párrafo 28: «Los bienes muebles de un individuo, sin tener en cuenta su morada actual, están regidos por la ley de su jurisdiccion ordinaria (es decir, segun la ley del domicilio.)» El Código italiano establece que los bienes muebles están sometidos á la ley de la nacion del propietario, salvo las disposiciones contrarias de la ley del país en donde se hallen (art. 7).

199. En el sistema que hemos aceptado no subsiste la distincion. A nuestro modo de ver, el principio por el cual debe determinarse la ley aplicable á los bienes, sean inmuebles ó

---

(1) Story, § 380.
(2) Story, § 386.

muebles, es una ley única, y es imposible deducir de su naturaleza motivo alguno para someterlos á un derecho diferente. Por más que el adagio *mobilia ossibus inhœrent* pueda justificarse considerando que las cosas muebles pueden ser trasportadas de un lugar á otro y sustraidas, á voluntad del propietario, á las leyes del lugar en donde se hallen, sin embargo, no puede sostenerse que sea imposible tomar en consideracion, la *lex rei sitœ*. En primer lugar, el hecho mismo por el que una cosa mueble puede pasar del estado de reposo al de movimiento y ser objeto de una disposicion, interesa al régimen de la propiedad. De donde se sigue que, segun la referida ley, se debe decidir jurídicamente cuáles son las cosas muebles y las inmuebles, y en qué casos está permitido ó prohibido trasladar de un punto á otro una cosa, aunque sea mueble por su naturaleza. En cuanto á los derechos reales que pueden ejercitarse sobre ellos, en muchos casos, la *lex rei sitœ* es la que debe aplicarse con preferencia. Por esta ley es por la que puede decidirse, en cuanto á las cosas muebles, si la posesion es un verdadero título, si pueden ser hipotecadas ó confiscadas, por qué acto pueden serlo, y, en general, todo lo que se refiere á la traslacion de propiedad, al derecho de hipoteca ó á los privilegios á que pueden estar sujetos. En otros términos, la ley nacional del propietario regirá los bienes muebles cuando sean un accesorio de la persona y cuando las relaciones jurídicas que se quieren establecer ó los derechos que se ejercitan, no perjudican los de la soberanía territorial. Pero, puesto que debe aplicarse el mismo principio á los inmuebles, la distincion queda en nuestro sistema sin ninguna importancia. Respetables jurisconsultos modernos, por más que formen una insignificante minoría, juzgan arbitraria esta distincion, y entre ellos citaremos á Mühlembruch (1), Eichorn (2), Savigny (3) y Chassat (4).

Notemos, antes de concluir, que, en ciertos casos especiales, el lugar ocupado por una cosa mueble puede ser tan accidental y tan variable, que excluya completamente la apli-

(1) *Doctr. Pand.*, § 72.
(2) Citado por Fœlix, § 71.
(3) *Tratado de derecho romano*, t. VIII, p. 170, 179.
(4) *De los estat.*, núm. 72. p. 95.

cacion de la ley territorial. Esto sucede, por ejemplo, con el equipaje que un viajero lleva consigo al atravesar diferentes territorios, ó con la mercancía expedida por un comerciante por medio de un buque suyo. En estos casos puede decirse que las cosas muebles deben ser consideradas, bajo el punto de vista del domicilio del propietario, porque no pueden serlo como fijas en el territorio de ningun Estado. Mas fuera de estos casos, en los cuales puede tener la distincion algun valor, es siempre con arreglo á la naturaleza del derecho que quiere ejercitarse, como debe decidirse si se ha de preferir la *lex rei sitæ* ó la de la nacion del propietario. Con arreglo á estos principios es tambien como debe intepretarse el artículo 7 del Código civil italiano, que dispone que los bienes muebles están sometidos á la ley de la nacion del propietario, salvo las disposiciones contrarias de la ley del país en donde se hallen.

# CAPITULO II.

## DE LA LEY QUE DEBE REGIR LA POSESION Y LA PROPIEDAD.

**200. Idea de la posesion.—201. Ley que debe regir: (*A*) las acciones posesorias; (*B*) el derecho de propiedad; (*C*) la naturaleza de las cosas que pueden ser objeto de aquella y las limitaciones del derecho del propietario; (*D*) los derechos comprendidos en el de propiedad; (*E*) los medios de adquirir la propiedad, la prescripcion de las cosas inmuebles.—202. Disposiciones del derecho positivo relativamente á la prescripcion de las cosas muebles.—203. Opiniones de los jurisconsultos relativamente á la ley que debe regirla.—204. Nuestra opinion.—205. De la tradicion.**

200. En el sentido vulgar y general de la expresion, poseer una cosa significa tenerla físicamente á su disposicion, cuyo hecho puede ser considerado bajo una triple relacion:

1.ª Como un simple hecho físico, sin relacion con la adquisicion ó el ejercicio de un derecho: entonces corresponde á la detencion, ó, como dicen otros, á la posesion natural que las romanos llamaban: *esse in possessione.* Tal es la posesion del depositario y del locatario que retienen la cosa en nombre de otro, y la posesion de aquel que la retiene precariamente, los cuales, en rigor, *non possident, sunt tantum in possessione.*

2.ª Como manifestacion y consecuencia de un hecho preexistente, que se deriva del derecho de propiedad: este es el hecho que corresponde á la relacion jurídica llamada *dominium.* Llámasele posesion legítima; y el derecho que tiene el

propietario de defender su posesion, ó de pedirla, como una cosa debida, cuando no la retiene, se llama: *jus possidendi.*

3.ª Como un hecho jurídico que, haciendo abstraccion de todo derecho preexistente, produce consecuencias jurídicas. Este constituye la posesion civil, propiamente dicha, y resulta de dos elementos: del hecho físico de tener el objeto á su disposicion, y del *animus rem sibi habendi, animus domini*, es decir, de la intencion de conservar y defender la cosa en su propio interés, para apropiársela. El derecho correspondiente se denomina *jus possessionis.*

201. *A*. Por regla general, pertenece exclusivamente á la ley del lugar en que la cosa se halla, el regir la posesion, sea como estado de hecho, sea como causa de efectos esencialmente jurídicos. Es, en efecto, un principio de órden público, que nadie puede ser molestado ó despojado de la posesion de una cosa, hasta que se pruebe jurídicamente que la posesion es ilegítima, y que todo poseedor puede utilizar todos los medios jurídicos permitidos por la ley del lugar en donde se posee, ya para hacer cesar las causas de dicha molestia y retener de este modo la posesion, ya para que se le restituya en el estado anterior al despojo, recobrando de este modo su posesion.

No debe deducirse de aquí que el *jus posidendi* haya de regirse tambien en todo por la *lex rei sitæ*: es, en efecto, una consecuencia de la posesion, y depende de la misma ley que debe gobernar la adquisicion de los derechos patrimoniales, siempre que la cuestion tenga por objeto el fondo del derecho. Por consiguiente, si el propietario legítimo no tiene la posesion y la pretende, en virtud de su *jus possidendi*, no puede reivindicar su cosa sino conformándose á la *lex rei sitæ*, la cual debe regir exclusivamente todas las acciones posesorias; pero si el demandante, en lugar de obrar como poseedor, ejercita el derecho de peticion, no es la *lex rei sitæ* la que debe aplicarse en todos los casos, sino aquella de que depende la adquisicion de la propiedad, segun las reglas que expondremos en los capítulos siguientes.

Aplicando estos principios, pueden resolverse todas las cuestiones relativas á la posesion, áun cuando el propietario ó poseedor sean extranjeros. Segun la ley del lugar en donde se quiere ejercitar la accion posesoria, es como debe decidirse qué cosas y qué derechos son los que pueden ser objeto

de ella, las cualidades de que debe hallarse revestida la posesion, el tiempo de su duracion necesaria para servir de base á la accion, los actos exteriores que constituyen su turbacion, y el tiempo en que debe ejercitarse la accion posesoria.

*B.* Hablemos ahora del derecho real más importante, es decir, del *dominium* ó derecho de propiedad. En el sentido general, se consideran como susceptibles de propiedad todas las cosas corporales ó incorporales que nos pertenecen, es decir, que forman parte de nuestro patrimonio; en este sentido es en el que se ha dicho que los productos de nuestra inteligencia y los inventos de todo género, que no son ciertamente cosas corporales, pueden ser objeto de nuestra propiedad, y nuestro legislador, en el art. 1.538 (1), habla inexactamente de propiedad y de posesion de derechos y de créditos. En un sentido más exacto, pueden ser objeto de propiedad las cosas corporales, sobre las que una persona tiene un poder jurídico absoluto, exclusivo, irrevocable, y el derecho correspondiente se llama *dominium* ó derecho de propiedad. Nuestra intencion es hablar de la propiedad en el último sentido.

Cada soberano, en los límites del territorio en donde ejerce su autoridad, tiene el derecho (y el deber) de proteger la propiedad; de impedir toda sustraccion ó degradacion; de coordinar el ejercicio del derecho de propiedad con los intereses generales de la asociacion política; de obligar al propietario á pagar los impuestos; de exigir, en ciertas circunstancias determinadas por la ley, la cesion de la propiedad y de los derechos fraccionarios que de ella dependen, mediante indemnizacion.

*C.* Dedúcese de estos principios, que debe determinarse con arreglo á la *lex rei sitæ,* cuáles son las cosas que pueden ser

---

(1) Hé aquí el texto del artículo citado: «La venta ó cesion de un crédito, de un derecho ó de una accion, es perfecta, y se adquiere de derecho su propiedad por el comprador ó concesionario, desde el momento en que se ha convenido en el crédito ó derecho que ha de cederse y en el precio del mismo, aunque no se haya trasferido la posesion. Esta se trasfiere por la entrega del título que justifica el crédito ó derecho cedido.»

objeto de la propiedad pública ó privada, y cuáles las que deben ser consideradas *extra comercium*; lo que se refiere á la naturaleza física y jurídica, y á la composicion y agregacion de las cosas susceptibles de apropiacion; qué limitaciones pueden imponerse al ejercicio del derecho absoluto de propiedad, determinadas, ya por el Código civil, ya por leyes especiales ó por reglamentos. Podemos citar entre estas limitaciones de la propiedad, aquellas que nacen, por ejemplo, de las leyes relativas al régimen forestal, á la desecacion de pantanos, á la explotacion de las minas, al establecimiento de manufacturas, de talleres, de laboratorios peligrosos, insalubres ó incómodos; las que se deducen del derecho que tiene el Gobierno de apropiarse, mediante indemnizacion, las maderas de construccion necesarias para el servicio de la marina, y de impedir, por las exigencias del tesoro, el cultivo del tabaco; la prohibicion de edificar en terrenos comprendidos en cierto rádio de las plazas de guerra ó de las fortalezas; el de los reglamentos relativos á la seguridad y á la comodidad del tránsito por la via pública, y de la expropiacion forzosa por causa de utilidad pública.

*D.* Respecto á los derechos principales comprendidos en el de propiedad, notemos que el propietario puede destinar la cosa á todos los usos compatibles con su naturaleza, invocando la *lex rei sitœ*; sin embargo, para determinar si tiene el *dominium plenum* ó *minus plenum*, debe atenderse siempre á la ley de que depende su derecho. En cuanto al que puede tener el propietario para ceder la cosa en todo ó en parte, por un acto entre vivos ó de última voluntad, de renunciar á ella pura y simplemente sin nombrar un sucesor, y verificar todos los actos que la ley deja á su libre voluntad, no es la *lex rei sitœ* la que debe aplicarse en este caso, sino más bien la ley que rige el título de adquisicion de la posesion, y que determinaremos en los capítulos siguientes.

Por último, la *rei-vindicatio*, que es la accion real en virtud de la que el propietario reivindica su cosa propia con todos sus accesorios, contra todo poseedor ó detentador, la accion publiciana y la negatoria deben regirse tambien por la *lex rei sitœ.*

*E.* Los medios de adquirir la propiedad son muy diversos, y no podemos exponer en este lugar la ley que debe regir á cada uno. Es verdad que no puede establecerse, como regla

general, que deba depender todo de la *lex rei sitæ*. La distincion admitida comunmente por todos los jurisconsultos, es la que divide los medios de adquisicion en modos á título universal y á título particular. Cada cual de estos puede derivarse de actos *intervivos* ó *mortis causa*; y los trataremos separadamente en las siguientes secciones. Los medios de adquirir la propiedad á título particular *intervivos* se dividen en originarios y derivados. Los primeros son un efecto de la ley, independientemente de la voluntad del propietario y de la traslacion: tales son la ocupacion, la accion, la especificacion, la confusion, la prescripcion y la tradicion. Los segundos dependen de la voluntad del propietario y de la traslacion, y son efecto, ó de convenios, ó de legados á título particular, ó de disposiciones á título gratuito.

Limitándonos á hablar sólo de las adquisiciones á título particular, es de notar que todos los jurisconsultos están de acuerdo en reconocer que deben depender exclusivamente de la *lex rei sitæ*. Tambien nosotros participamos de esta opinion, y creemos que, para los cinco primeros modos, sobre todo, no puede surgir ninguna séria dificultad.

202. Considerando algunos la llamada prescripcion como una institucion de derecho civil, han querido sostener que no debe concederse á los extranjeros el de adquirir por este medio (1), pero no puede justificarse esta opinion.

Es verdad, en efecto, que la prescripcion llamada en el derecho moderno *prescripcion adquisitiva*, tiene más analogía con la que los romanos llamaban *usucapion*, que con la *prescritio longi temporis*, la cual no era propiamente un medio para consolidar una adquisicion anterior ó al menos supuesta como preexistente, sino que fué, en un principio, un medio concedido por el pretor á los poseedores de fundos provinciales, para proteger sus posesiones, y se convirtió luego en una excepcion con la que se impedia la *rei-vindicatio*. Es verdad que en Roma no se concedia á los extranjeros la usucapion, pero la única razon que para ello habia es, que les estaba prohibido tener el *dominium ex jure quiritium*. Mas en el derecho moderno, que no distingue dos especies de propie-

(1) Pothier, *Tratado de la prescripcion*, n. 20; Reyneval, *Instit.*, página 155.

dad, y que admite á los extranjeros al goce de los derechos civiles, y especialmente al del derecho de propiedad, es un contrasentido invocar los principios del derecho romano. En la actualidad, la prescripcion adquisitiva, en vez de ser un privilegio ó un beneficio de la ley, es un medio de consolidar una adquisicion anterior, ó por lo menos supuesta como preexistente, y puesto que los extranjeros pueden adquirir, ya por sucesion, ya por donacion ó por contrato, no debe reusarse la prescripcion, que es una presuncion legal de que ha habido una adquisicion por uno de los medios susodichos (1).

Todos los jurisconsultos están de acuerdo para admitir que la prescripcion de los bienes inmuebles, de los derechos reales sobre estos bienes, y de las acciones inmoviliarias, debe regirse en todo por la ley del lugar en donde está situada la cosa. Solo algunos, considerando tambien la prescripcion adquisitiva de los inmuebles como una excepcion perentoria, dicen que debe depender de la *lex fori*. Tal es la opinion de Tittmann (2). Nosotros creemos, por el contrario, que no pertenece al magistrado crear el derecho de las partes, sino reconocerlo, declararlo y garantizarlo: y por consiguiente, cualquiera que sea la ley del lugar en donde se verifica el juicio, debe decidirse siempre con arreglo á la *lex rei sitæ* si el fundo es prescriptible ó si ha prescrito.

203. Mas fundada es la divergencia de los jurisconsultos relativa á la ley que debe regir la prescripcion adquisitiva de las cosas muebles que, por su naturaleza misma, pueden hallarse bajo el imperio de leyes esencialmente distintas.

En efecto, el Código civil italiano, en su art. 707, establece que, con relacion á los bienes muebles por su naturaleza, produce la posesion en favor de un tercero de buena fé el mismo efecto que un título, y el art. 2.146, que la accion del propietario ó del poseedor de la cosa mueble, para recobrar lo perdido, prescribe en el término de dos años. El Código

(1) Demangeat, *Condicion de los extranjeros*, p. 330; Zacarías, § 78, n. 3; Dragoumis, p. 62; Troplong, *Prescripcion* I, 35; Demolombe, t. I, n. 243.

(2) *De competentia legum*, n. 11.

de Napoleon dispone que para las cosas muebles, la posesion equivale al título; pero que aquel que la hubiese perdido ó á quien se hubiese robado una cosa puede reclamarla del que la posee, dentro del término de tres años, á partir del dia en que fué robada ó perdida (art. 2.279). Segun el Código prusiano (parte 1.ª, lib. 9, art. 584), el poseedor, aun de buena fé, de una cosa robada, no puede prescribir ni la posesion ni la propiedad, y se presume que la ha comprado de un ladron cuando no puede indicar el vendedor (art. 648), de modo que las cosas robadas no son adquiridas sino por la posesion pacífica de 40 años. En el Código austriaco (art. 1.466), el derecho de propiedad de una cosa mueble se adquiere por la usucapion, mediante la posesion pacífica de tres años, y el que adquiere una cosa mueble de un poseedor ilegal *(vizioso)*, ó que no puede indicar al que se los trasmitió, debe esperar que trascurra doble tiempo del ordinario para la *usucapion*.

Los que consideran las cosas muebles con arreglo al domicilio del propietario, por ficcion del derecho, dicen que la prescripcion debe regirse por la ley del domicilio del propietario. Esta regla, sin embargo, origina muchas dificultades. Supongamos, en efecto, que nos hallamos en presencia de dos personas que se creen ambas propietarias al mismo tiempo, y se puede dudar razonablemente si debe preferirse la ley del antiguo propietario, ó la del nuevo. Admitiendo que debe preferirse la del domicilio del adquirente (1), debemos preguntarnos si, sobreviniendo un cambio de domicilio durante el tiempo necesario para la prescripcion, debe aplicarse la ley del primero ó la del segundo. Puede, por fin, ocurrir que, segun la ley del lugar en donde la cosa se halle, no se admita la prescripcion, ó que la cosa no sea prescriptible. Basta esto para demostrar que, aceptando la opinion que acabamos de exponer, pueden surgir muchas dificultades.

Considerando otros que para las cosas muebles no puede determinarse un lugar cierto en donde pueda decirse que se ha adquirido del derecho de propiedad, creen que debe preferirse la *lex fori* (2). Por más que esta teoría modifica la cuestion, no la resuelve, porque, como hemos notado ya mu-

(1) Meyer, *Des tatutorum conflictu*, § 25.
(2) Tittmann, n. 11.

chas veces, el tribunal ante el que se lleve la cuestion, debe examinar si se ha adquirido ó no el derecho, teniendo en cuenta la ley por que debe regirse la adquisicion del derecho mismo, y no aplicar la suya propia.

Schœffner dice, que debe tenerse en cuenta la ley del lugar en donde se ha verificado primero el hecho de que se quiere hacer depender la prescripcion. Si con arreglo á las leyes del país en donde comenzaron á existir ciertas relaciones de hecho, no era prescriptible la cosa mueble, no puede serlo para aquel que quiere hacerla prescribir, por el sólo hecho de haber trasladado su domicilio á un punto donde existe dicha prescripcion. Tambien, respecto del tiempo, dice, debe tomarse en consideracion la ley bajo la cual comenzaron primero las condiciones de la prescripcion, aún cuando la cosa se hubiese poseido despues en un lugar regido por leyes diferentes (1).

204. Pero es necesario observar que las relaciones que comienzan á existir entre el poseedor de una cosa mueble y la cosa poseida, pueden ser consideradas como actos preparatorios; que la posesion contínua es por su naturaleza una relacion puramente de hecho; que solo cuando ha trascurrido el tiempo necesario para la prescripcion, es cuando se verifican los actos preparatorios, y cuando puede decirse adquirida la propiedad. Es necesario, pues, tener en cuenta que, con arreglo á la ley del país en donde está actualmente la cosa mueble poseida, es como debe decidirse si la prescripcion se ha verificado ó no, porque al espirar el término fijado para prescribir, es cuando se realiza la traslacion de la propiedad, que, hasta entonces, sólo estaba preparada. Agreguemos á esto que, cuando la cosa mueble se halla en un lugar determinado, toda cuestion relativa á su adquisicion por prescripcion interesa al régimen de la propiedad, y por eso es por lo que debe resolverse de conformidad con la ley territorial.

La misma solucion debe darse cuando, durante el tiempo necesario para prescribir, ha pasado la cosa por diferentes países, puesto que la cuestion del cumplimiento de la prescripcion, es decir, de la adquisicion de la propiedad, debe juz-

(1) Schæffner, § 67.

garse con arreglo á la ley del país en donde la cosa se encuentra en el momento en que se intenta la accion.

Hay que notar, sin embargo, que una vez adquirida la propiedad del objeto por el cumplimiento de la prescripcion con arreglo á la ley del lugar en donde la cosa se hallaba, debe esta propiedad ser reconocida por doquiera; de suerte que el traslado de la cosa á un lugar en donde se necesite más tiempo para prescribir, no puede hacer que se pierda el derecho ya adquirido.

205. La tradicion que, segun Gayus (1), es un medio de adquirir propio del derecho de gentes, y que, despues de Justiniano, fué un medio general de adquisicion para los romanos (2), no es considerada por todas las legislaciones como necesária para el acto de transferir la propiedad. El Código prusiano (1, 10, § 1.°); el Código austriaco (art. 425); el de Baviera y los de otros Estados, han conservado el principio del derecho romano, *traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur*. El Código francés por el contrario (art. 1.138), los Códigos que le han tomado por modelo, y entre ellos el Código italiano (art. 1.448) (3), admiten que la obligacion es perfecta por el sólo consentimiento de los contratantes; de modo que el adquirente se hace propietario, y la cosa corre ya por su cuenta en los riesgos y peligros, desde el momento en que debió ser entregada, por más que la entrega no se haya verificado.

Hablaremos de las consecuencias jurídicas de estas disposiciones al tratar del contrato de compra y de venta; por ahora basta establecer que, para decidir si la tradicion es ó no necesaria para transferir la propiedad, debe aplicarse exclusivamente la *lex rei sitæ* cuando se trata de inmuebles ó de muebles existentes en un lugar fijo, áun cuando se hallen allí

(1) «*Nihil enim tam convenies est naturali equitati quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre, ratam habere* (*l.* 9, § 3, *Dig. De adquir. res. dom.*)»

(2) Inst., § 40, *De divis. rer.*

(3) Hé aquí el contenido de este artículo: «La venta es perfecta entre las partes, y la propiedad es adquirida por el comprador respecto del vendedor, desde el momento en que se ha fijado la cosa y el precio, aunque no se haya verificado la entrega recíproca consiguiente.»

accidentalmente en el momento de verificarse el contrato. Debe entenderse, sin embargo, que para las cosas muebles debe tenerse en cuenta la *lex rei sitæ* en el momento en que se ha verificado el contrato, en virtud del cual se ha transferido la propiedad, y todo cambio de lugar posterior no varía el derecho adquirido por el propietario.

Si, por el contrario, no tuviesen las cosas muebles una situacion cierta, como por ejemplo, un cargamento de mercancías que se hallase en el mar ó que fuese por el ferro-carril, debe aplicarse la ley del lugar en donde el propietario se haya obligado, para decidir en ambos casos si ha habido ó no traslacion de propiedad.

La *lex rei sitæ* es tambien la que debe aplicarse en cuanto á los efectos de la traslacion de propiedad relativamente á un tercero. Así, por ejemplo, segun el Código civil italiano (artículos 1.932 y 1.942), no puede verificarse rélativamente á un tercero la traslacion de propiedad de los inmuebles ni la transcripcion. Por consiguiente, si un fundo situado en Italia se hubiese vendido á dos extranjeros naturales de países regidos por leyes diferentes, aquel de los dos compradores que hubiese hecho transcribir su título podrá hacer valer, con preferencia al otro, su derecho real de propiedad.

# CAPÍTULO III.

## DE LOS DERECHOS REALES QUE PUEDEN MODIFICAR EL DE PROPIEDAD.

**206. Derechos reales sobre la cosa de otro.—207. Principales distinciones de las servidumbres.—208. Principios por que deben regirse las servidumbres personales, y aplicacion de estos principios al usufructo y á su constitucion.—209. El extranjero puede obtener en usufructo el fundo situado en Italia por adjudicacion del magistrado de quien depende.—210. Extincion del derecho de usufructo.—211. Locacion del fundo durante el usufructo.—212. Carácter verdadero de las servidumbres prediales.—213. Ley que debe regirlas.—214. Enfitéusis.—215. Condiciones necesarias para la eficacia de este derecho.—216. Su constitucion.—217. Derecho del enfitéuta á redimir el censo.—218. Derecho de superficie.**

206. Por más que el derecho de propiedad sea por su naturaleza exclusivo, ilimitado y absoluto, sin embargo, puede ser restringido dadas ciertas condiciones. Una persona diferente del propietario puede, en virtud de un derecho real sobre la cosa de otro, sacar una parte de su utilidad ó impedir al propietario disponer de su cosa bajo cierto aspecto.

Cuando el propietario no tiene un derecho exclusivo á toda la utilidad que la cosa puede dar, se dice que esta cosa está gravada con una servidumbre. Esta expresion se ha empleado por los jurisconsultos romanos para indicar esa clase especial de derechos *in re aliena*, reconocidos por el *jus civile* (1),

(1) Demangeat, *Curso de Derecho romano*, parte 1.ª, p. 492.

es decir, aquellos en virtud de los cuales está el propietario obligado á sufrir que otros hagan, ó á no hacer él, ciertas cosas (1). Los demás derechos, *in re aliena*, reconocidos por el pretor romano, tuvieron nombres especiales que han conservado hasta los tiempos modernos; tales son el derecho de superficie, el derecho de enfitéusis y el de hipoteca.

Puede suceder que todas las ventajas procedentes de la propiedad puedan pertenecer á muchas personas en vez de á una sola, como se vé, en el caso de propiedad pro-indivisa, caso en que el derecho de cada co-propietario se extiende á toda la cosa y á todas sus moléculas, y halla siempre en frente el derecho igual del otro co-propietario. Es, pues, necesario determinar la ley que debe regir cada uno de estos derechos reales.

207. Las servidumbres se distinguen principalmente en *personales*, y *reales* ó *prediales*. Las primeras se hallan constituidas en beneficio de una persona determinada, y sólo á él son debidas; las segundas se constituyen para el uso y utilidad de un fundo, y por más que suponen una persona, como sujeto del derecho, no pertenecen, sin embargo, á un indivíduo como tal, sino como investido de la cualidad de propietario del fundo, en cuyo beneficio han sido establecidas.

No podemos aceptar la regla general, dada por algunos, de que las servidumbres, sean personales ó reales, deben regirse por la *lex rei sitæ* (2), ya tengan por objeto una cosa inmueble ó una mueble, y creemos indispensable precisar la naturaleza de estos derechos para determinar la ley que debe regirlos.

Las legislaciones que consideran al esclavo como una cosa corporal, ó que permiten la enagenacion parcial de la libertad de un hombre en favor de otro, consideran como servidumbres personales aquellas que entrañan la enagenacion completa ó parcial de la libertad. Cualquiera que sea la ley que rija semejantes relaciones, no puede tener valor jurídico en otro Estado que no admita la esclavitud ó el feudalismo. La servidumbre, segun su verdadera idea, es siempre un derecho *in re aliena*,

---

(1) Pothier, *Ad Pand*, libro VIII, tít. 1.°, art. 1.
(2) Savingny, o. c., § 368.

y comprende una limitacion impuesta al libre goce de la cosa, no de la libertad personal del propietario. Las llamadas servidumbres personales atribuyen un derecho real y una accion tambien real, porque siempre es la cosa la que sirve, nunca la persona, y sólo se las llama personales, porque el goce del derecho es inherente á una persona determinada, y no pasa á sus sucesores, sino que se extingue con ella.

Segun el régimen feudal, pueden contarse muchas clases de servidumbres personales; pero en los países en donde está abolido el régimen feudal, su número es limitado. El Código de Napoleon y los demás que le han tomado por modelo, como nuestro Código italiano, por ejemplo, admiten sólo el usufructo, el uso y la habitacion. Para no confundirlas con las otras servidumbres personales permitidas en otro tiempo, las llama el Código de Napoleon *Droits de jouissance*, y nuestro Código italiano les da el nombre genérico de *modificaciones de la propiedad*, á fin de que el nombre de servidumbres personales no hiciese renacer las antiguas ideas del feudalismo.

208. Los principios que, en nuestro concepto, deben regir las servidumbres personales, son los siguientes:

1.° No pueden reconocerse otras servidumbres personales sobre los bienes inmuebles ó muebles existentes en el territorio de un Estado que aquellas que no están prohibidas por la ley territorial, ya se deriven de la ley, ya de un hecho del hombre.

2.° Cuando el propietario de la cosa y aquel á quien pertenece el derecho de servidumbre son de Estados diferentes, y el título de donde se deriva la servidumbre no determina completamente los derechos ni las obligaciones especiales recíprocas, debe aplicarse, para reemplazar la ley nacional, la del propietario, por la razon de que el derecho de propiedad es siempre el principal. Así, por ejemplo, si el propietario de un prédio situado en Italia es italiano, y el usufructuario es extranjero, los frutos que se hallen todavía en la cosa que los produce, cuando el usufructo es por cierto tiempo, pertenecerán al propietario, con arreglo á las disposiciones del artículo 480 (1). Por esta misma razon, el usufructuario tendrá de-

(1) Hé aquí el texto de este artículo: «Los frutos naturales que,

recho á gozar de los minerales, de las canteras y de las turberas descubiertas y en explotacion en el momento en que comienza el usufructo, pero no tendrá ningun derecho sobre las canteras, los minerales ni las turberas que no estén descubiertas al comenzar el usufructo.

Lo mismo puede decirse en lo que concierne á las obligaciones del usufructuario. Un prusiano usufructuario de un prédio situado en Italia y perteneciente á un italiano, debe dar caucion de disfrutarlo como buen padre de familia, cuando no esté dispensado de ello por el título de su usufructo, segun la disposicion de nuestra ley (art. 497) (1), por más que, segun el Código prusiano (parte 1.ª, título 21, art. 1.920), el usufructuario no esté obligado á dar caucion, y no puede ser obligado á ello sino mediante una sentencia judicial, cuando se teme abuso de su parte. La razon de esto es porque siendo el usufructo una limitacion de la propiedad, en el conflicto de dos leyes, debe preferirse siempre la del propietario, porque su derecho es el principal.

3.° Cuando el propietario y aquel á quien pertenece la servidumbre son ciudadanos de la misma patria, se aplicará su ley, y no la *lex rei sitæ*, no solamente para determinar cuándo puede decirse constituida dicha servidumbre, ya por la disposicion de la ley, ya por el hecho del hombre, sino para determinar la extension de los derechos y de las obligaciones recíprocas siempre que el régimen de la propiedad no sea lesionado. Así, por ejemplo, segun nuestra ley (art. 228) (2), y

---

al comenzar el usufructo, no estén separados de la cosa que los ha producido, pertenecen al usufructuario; los que no estén separados cuando aquel termina, pertenecen al propietario, sin recompensa, en uno ni otro caso, de los trabajos ni de las simientes, pero sin perjuicio de la porcion de los frutos que correspondan al colono, si le hubiere, al principiar ó al cesar el usufructo.»

(1) El usufructuario, dice el § 1.° del art. 497 del Código civil italiano, debe dar caucion de gozar como buen padre de familia, si no está dispensado de aquella por el acto constitutivo del usufructo.

(2) Segun el art. 228 del Código italiano, el padre tiene el usufructo de los bienes del hijo procedentes de sucesion, donacion ú otro título lucrativo, y lo conserva hasta la emancipacion ó la mayor edad del hijo.

segun el Código de Napoleon (art. 384), el usufructo de los bienes adventicios del hijo está concedido al padre.

Semejante derecho deberá reconocerse en donde quiera que estén situados los bienes y cualquiera que sea la disposicion de la *lex rei sitæ*. Por la misma razon, el usufructo del tercio de los bienes (Código de Napoleon, art. 754) en favor del padre ó de la madre que sucede al hijo en concurrencia con los colaterales, que no sean hermanos ni hermanas ni sus descendientes, el usufructo en favor del cónyuge superviviente en una porcion de los bienes del otro cónyuge en los casos de sucesion legítima (art. 753), ó en los de sucesion testamentaria (art. 812 del Código civil italiano) y otros usufructos análogos, deberian ser reconocidos en todas partes, teniendo en cuenta la ley francesa ó la italiana, y no la vigente en el país en que se hallen situados los bienes (1).

209. Aplicando el mismo principio, es oportuno notar que, si un magistrado extranjero, para hacer cesar la co-propiedad de una cosa existente en Italia, adjudicase la propiedad nuda al uno y el usufructo al otro, segun el derecho romano (2), se podria deducir de esto un motivo suficiente para no reconocer el usufructo con arreglo á nuestro Código, que no admite la adjudicacion entre los medios de adquirir el usufructo. Seria necesario distinguir, como en el número precedente, y si los co-propietarios pertenecen á un país regido por el Derecho romano, el usufructo adquirido por adjudicacion deberá valer tambien en Italia. Nuestro Código admite, en

---

(1) Código civil italiano, art. 753: «Cuando el esposo difunto deja hijos legítimos, el otro esposo tiene sobre la herencia el usufructo de una porcion hereditaria igual á la de cada hijo, siendo el esposo mismo contado en el número de aquellos. Cuando con los hijos legítimos concurren hijos naturales, el usufructo del esposo superviviente es una porcion igual á la de cada hijo legítimo. Esta porcion del usufructo no puede exceder nunca de la cuarta parte de la herencia....

Art. 812. El esposo contra quien no existe sentencia de separacion corporal pasada en fuerza de cosa juzgada, tiene derecho sobre la herencia del otro,—en el caso en que éste deje hijos legítimos ó descendientes de estos,—al usufructo de una porcion igual á la que perteneceria á cada hijo á título de legitimidad, contando tambien al esposo en el número de los hijos.»

(2) Frag. 6, § 1; Dig., De usufructu, VII, 1.

efecto, que el usufructo puede ser constituido por la ley, y, si segun la de que dependen los co-propietarios es permitido al juez, en las acciones de particion, atribuir á uno de los copartícipes la propiedad de la cosa y al otro la servidumbre personal del usufructo sobre la misma cosa, no hay razon para sostener que tal juicio deba ser ineficaz en Italia por no haberse dado conforme á la *lex rei sitæ*. Por el contrario, debe creerse que todos los derechos adquiridos por el usufructuario como tal, deben ser garantidos por nuestros magistrados.

210. Por estos mismos principios puede determinarse la duracion y la extincion del usufructo, y los derechos y las obligaciones recíprocas del propietario y del usufructuario.

Supongamos que dos ciudadanos romanos sean el uno usufructuario y el otro propietario de un prédio situado en Italia, y que á la espiracion del usufructo surge la cuestion de saber si los frutos existentes pertenecen al propietario ó al usufructuario. Segun el derecho romano, el usufructuario no adquiere la propiedad de los frutos separados, es decir, de los ya cogidos, sea por la causa que quiera, ora por madurez, porque los haya derrivado el viento, ó porque los haya cogido el hombre, sino sólo de los frutos percibidos, es decir, de los que están en su posesion, mediante un acto de apropiacion *apreensi*. Segun nuestro derecho, por el contrario, los frutos separados de la cosa que los produce pertenecen al usufructuario (1). Siendo las partes ciudadanos de la misma patria, y no interesando la cuestion de que se trata el régimen de la propiedad, sino sólo las relaciones privadas entre el propie-

(1) ¿Se trata del antiguo derecho romano? Pues el usufructuario no llegaba á ser, en efecto, propietario de los frutos hasta que eran percibidos por él mismo, por sus esclavos, ó por sus mandatarios. La razon de esta regla era que, en el usufructo, los frutos no pertenecen al usufructuario, sino en virtud del consentimiento libre ó forzado del propietario; ahora bien; en el derecho romano no bastaba el consentimiento para trasferir la propiedad; necesitábase además la tradicion ó entrega. El dejar que se tomasen los frutos constituia una especie de tradicion. Hé aquí la razon del antiguo derecho romano. Pero esta comparacion entre el derecho quiritario y las disposiciones del nuevo Código civil italiano nos parece, cuando ménos, innecesaria.

tario y el usufructuario, deberá el magistrado italiano, con arreglo á la ley romana, decidir que los frutos que sólo estén separados pero que todavía no se hayan percibido al tiempo de la extincion del usufructo, no pertenecen al usufructuario ni á sus herederos, sino al propietario de la cosa, y tanto más, cuanto que el principio que rige entre nosotros respecto de las cosas muebles, segun las cualès la posesion equivale al título, no ha sido infringido, porque los frutos separados, que no están á disposicion físicamente del usufructuario, no pueden considerarse como poseidos por él.

211. Ya hemos dicho que la ley nacional de las partes no debe aplicarse en los casos en que perjudique al régimen de la propiedad del lugar en donde está situada la cosa; y para determinar nuestra excepcion, áun permaneciendo en la misma hipótesis, supongamos que el usufructuario romano dá el prédio en arrendamiento por cinco años y que, en este tiempo, cesa el usufructo: surge la duda sobre si el propietario de la cosa debe ó no respetar la locacion.

Segun el Derecho romano, la locacion solo produce obligaciones recíprocas entre los contratantes, pero no derechos sobre la cosa inmueble arrendada en favor del arrendatario. Por consiguiente, el propietario que entra en la propiedad plena de la cosa, no está obligado á respetar un contrato no hecho por él ni por sus predecesores, y la locacion de la cosa sujeta al usufructo, cesa con el usufructo mismo (1). Por el contrario, con arreglo á nuestra ley, el arrendatario adquiere cierto derecho á retener la cosa inmueble arrendada por un tiempo determinado que la ley fija, ó por el establecido por el contrato, y por consiguiente, el comprador de la cosa arrendada debe respetar el contrato hecho por el vendedor. No hay du 'a que esta diferente manera de considerar el arrendamiento, no depende de que sean diferentes los principios que arreglen el régimen general de la propiedad, y por consiguiente, por más que el propietario y el usufructuario sean romanos, no podrán invocar su ley contra la que rige la propiedad entre nosotros, y el propietario debe respetar el arren-

(1) Frag. 9, § 1, *Dig.*, *locati*, XIX, 1.

damiento, áun cuando cese el usufructo, conforme á las reglas establecidas por el art. 493 del Código civil (1).

Por esta misma razon, el uso ó el usufructo de los bosques existentes en Italia, las acciones que el usufructuario puede ejercer sobre la cosa, y las cuestiones relativas á la usucapion ó á la prescripcion de tales servidumbres, deben resolverse aplicando exclusivamente la *lex rei sitæ*. Las mismas reglas deben aplicarse á la habitacion.

Los principios que acabamos de exponer están en armonía con las disposiciones sancionadas por nuestro legislador. El artículo 476 del Código civil establece, en efecto, que los derechos de uso, de usufructo y de habitacion, se rijan por el título de que se deriven; la ley solo suple lo que el título no ha previsto, á no haber alguna disposicion contraria (2). Hácese de esta regla un argumento para decidir, cuando el usufructo proceda de una ley extranjera, si ésta, que es el título del derecho, debe ser la que rija el disfrnte del mismo, salvo las excepciones hechas por nosotros.

212. Las servidumbres prediales deben, por regla general, ser regidas exclusivamente por la *lex rei sitæ*, cuyo principio no sufre excepcion alguna. Las servidumbres lega-

---

(1) Hé aquí el contenido del art. 493 del Código civil italiano: «Los arrendamientos hechos por el usufructuario por un período de más de cinco años, no son válidos, en caso de cesacion del usufructo, sino por el quinquenio corriente en el momento de dicha cesacion, contando el primer período desde el dia en que ha comenzado el arrendamiento, y los demás desde aquél en que concluyó el precedente. Los arrendamientos de cinco ó ménos años, que el usufructuario haya hecho ó renovado más de un año antes de su ejecucion, si se trata de bienes rurales, y más de seis meses antes si de casas, no tienen efecto cuando su ejecucion no ha comenzado antes de terminar el usufructo. Si éste debiera cesar en una época cierta y determinada, los arrendamientos consentidos por el usufructuario solo valdrán por el año corriente en el momento de la cesacion del usufructo; sin embargo, si se trata de prédios cuya principal cosecha es bienal ó trienal, será válido el arrendamiento por el período de los dos ó tres años corrientes al cesar el usufructo.

(2) Art. 476: Los derechos de usufructo, de uso y de habitacion, son regidos por el título de que se derivan; la ley solo suple en los casos y en cuanto no ha sido previsto por el título, á no disponerlo de otro modo.

les son, en efecto, inherentes á los prédios y dependen de la manera de ser y de la situacion de los mismos, ó son establecidas, ya en interés de la propiedad, ya del Estado ó de los municipios; acompañan, por consiguiente, á los prédios en cualquier mano que se hallen, y deben ser consideradas como cualidades pertenecientes al prédio dominante que llevan consigo una limitacion del prédio sirviente. Estas servidumbres deben, pues, ser regidas por la ley misma en virtud de la cual se han establecido.

Las servidumbres pueden establecerse tambien por un hecho del hombre. Cada propietario puede gravar su prédio en favor del de otro propietario con tantas servidumbres cuantas sean las clases de utilidad que un prédio puede ofrecer á otro (1). Las servidumbres establecidas por la ley pueden tambien ser modificadas ó determinadas en general de una manera más precisa por medio de un contrato, en el caso en que tengan una doble base. Si los propietarios respectivos de ambos prédios fuesen extranjeros, y la servidumbre se hubiese constituido bajo el imperio de su ley, debe ser tambien la *lex rei sitæ* la que debe decidir si esta servidumbre puede ó no ser eficaz. Si por ejemplo, los dos prédios se hallasen situados en Italia ó en Francia, no podria ser jurídicamente eficaz la servidumbre que sujetase al propietario del prédio sirviente á prestar al del otro servicios personales, ó que le impusiera una obligacion de hacer ó de dar. Nuestro Código ha sancionado el principio de derecho romano *nulla servitus in faciendo consistere potest*. Y por consiguiente, dispone (artículo 643), conforme con el art. 699 del Código de Napoleon, que, áun cuando el propietario del prédio sirviente estuviese obligado, en virtud del título, á los gastos necesarios para el uso y la conservacion de la servidumbre, puede librarse de él abandonando el fundo sirviente al propietario del fundo dominante. De hecho, las servidumbres que traen utilidad á una persona, ó que imponen una obligacion personal de obrar, no son servidumbres prediales, porque estas son absolutamente independientes de la persona de los propietarios ó de los poseedores de los fundos, son debidas de cosa á cosa, de suerte que el propietario ó poseedor del fundo sir-

(1) L. 7, Dig. *Communia prædiorum*, VIII, 4.

viente solo debe ofrecer que se haga tal ó cual cosa sobre la propiedad, ó abstenerse de hacer ciertos actos. *Servitutem non hominem debere sed rem*, dice Labeon (1).

213. Concluimos, pues, que las servidumbres prediciales interesan directamente al régimen territorial de la propiedad y deben, por tanto, ser regidas por la *lex rei sitæ*, cuando proceden directamente de la ley. Cuando han sido establecidas por el hecho del hombre, tambien debe ser la *lex rei sitæ* la que debe decidir cuáles son las servidumbres con que pueden gravarse los fundos, cuál es su naturaleza, y el límite del derecho del propietario para establecerlas.

214. La enfitéusis es un derecho real sobre la cosa inmueble de otro, en el cual puede gozar ó aprovecharse de la cosa de la manera más ámplia posible, á condicion de no deteriorarla y de pagar al propietario una renta anual. Por más que este derecho se derive de un contrato enfitéutico, considerado en sí mismo como un derecho real que modifica el derecho absoluto de la propiedad, está sujeto á las mismas reglas que el derecho de propiedad y los demás que de él se derivan. Es, por consiguiente, necesario para determinar la ley que debe aplicarse, distinguir bien el contrato,—el cual debe ser juzgado con sujecion á las reglas que expondremos en su lugar oportuno,—del derecho real, que, como los *jura in ré aliena* debe regirse por la *lex rei sitæ* en todo aquello que puede interesar al régimen de la propiedad.

215. Independientemente de la validez ó nulidad del contrato enfitéutico, debe decidirse siempre acerca de su eficacia por la *lex rei sitæ*. Lo mismo sucede en todos los demás contratos consensuales que entrañan un *jura in re aliena*, los cuales, aunque válidos y legítimos segun la ley del lugar en donde han sido estipulados, pueden ser absolutamente ineficaces, si los derechos reales que de ellos se derivan no son reconocidos por la *lex rei sitæ* ó son declarados contrarios al régimen de la propiedad (2). Tales serian, por ejemplo, los contratos por derechos de censos no redimibles ó de señoríos permitidos por las leyes feudales, pero no recono-

---

(1) L. C., § 2. *Si servitus vindic.* VIII, 5.

(2) Véase el cap. IV de la seccion siguiente.

cidos por la nuestra, y lo mismo debe decirse del derecho de enfitéusis admitido por nuestro Código, cuando el fundo existe en un país que no lo reconoce.

216. Cuando la *lex rei sitæ* reconoce el derecho de enfitéusis, y la constitucion de este derecho se ha establecido bajo el imperio de una ley extranjera, en todas las cuestiones que pueden surgir entre el concesionario y el enfitéuta, debe aplicarse preferentemente la ley territorial ó la del contrato, segun que la causa que origine el conflicto, interese ó no al régimen de la propiedad.

Para precisar nuestras ideas, nos referiremos á nuestro Código, que reconoce la enfitéusis, y observamos que, aunque se quiera sostener que, segun nuestra ley, no hay otro medio para la constitucion del derecho real de enfiteusis que el contrato enfitéutico; sin embargo, si un romano, poseedor de bienes en Italia, quisiera por acto de última voluntad, constituir una enfiteusis, el derecho del enfiteuta deberia ser reconocido entre nosotros, porque estaria válidamente constituido con arreglo á la ley del testador (1).

Siempre que en la enfiteusis sean romanos el concesionario y el enfiteuta, se aplicará su ley para decidir si un tesoro descubierto en el fundo enfitéutico pertenece al enfiteuta ó al propietario, y puesto que la ley romana dispone que el primero no adquiere el tesoro, porque este no es un fruto, sino solamente la mitad por haberlo encontrado, se aplicará esta disposicion á pesar de que nuestro Código dispone lo contrario (art. 1.561) (2), porque esta es una cuestion de interés privado. Por esta misma razon se aplicará la ley de que dependen los objetos del derecho para decidir si el concesionario puede disponer de su derecho por acto intervivo ó por última voluntad, y si está obligado á alguna prestacion hácia el dominio directo por la trasmision.

217. No puede decirse lo mismo respecto del derecho que puede tener el enfiteuta para librar el fundo de cualquier gra-

---

(1) Art. 1.° *Cod.*, *De jur. emphyt.*, IV, 66.

(2) Art. 1.561 del Código italiano: «El enfiteuta es propietario de todos los productos del fundo y de los accesorios, y tiene los mismos derechos que tendria el propietario respecto del tesoro y de las minas descubiertas en el fundo enfitéutico.

vámen. Por más que el enfiteuta y el concesionario de la enfiteusis sean romanos, y por más que la ley romana no conceda al primero el derecho de redencion, si el prédio enfitéutico está situado en Italia, el enfiteuta tendrá derecho á librar el fundo de cualquier carga, mediante el pago de un capital en dinero correspondiente al producto anual sobre la base del interés legal ó al valor del mismo producto si consiste en especie, sobre la base del precio medio del mismo durante los diez últimos años, segun la disposicion de nuestra ley (artículo 1.564). Es evidente que esta disposicion interesa al arreglo de la propiedad, tanto más cuanto que un pacto, aun expresamente estipulado, no podría aminorar el derecho del enfiteuta. Por la misma razon debe decidirse con arreglo á la *lex rei sitæ* si es permitido la sub-enfiteusis, verificada respecto de los fundos situados en Italia (art. 1.562); si el concesionario puede pedir y si el enfiteuta debe hacer cada veintinueve años el reconocimiento del derecho de aquél, como exije nuestra ley (art. 1.557) (1), y para todas las acciones reales procedentes de la enfiteusis.

---

(1) Hé aquí el texto de los artículos citados anteriormente:

Art. 1.564. El enfiteuta puede en todo tiempo redimir las cargas del fundo enfitéutico mediante el pago de un capital correspondiente á la renta sobre la base del interés legal, ó del valor de la misma renta, si es en especie, sobre la base de su precio medio en los diez últimos años. Las partes pueden, sin embargo, convenir en el pago de un capital inferior al antes enunciado. Cuando se trata de enfiteusis concedida por un tiempo determinado que no excede de treinta años, pueden tambien convenir en el pago de un capital superior, que no podrá, sin embargo, exceder de la cuarta parte del ya establecido.

Art. 1.557. La enfiteusis se arregla por convenio de las partes, con tal que este no sea contrario á los artículos 1.562, 1.563 y 1.564.

Art. 1.562. El enfiteuta puede disponer tanto del fundo enfitéutico como de sus accesorios, ya por un acto entrevivos ó por última voluntad. Para la trasmision del fundo enfitéutico, hágase como quiera, no hay necesidad de contar préviamente con el consentimiento del concesionario. No se admite la sub-enfiteusis.

Art. 1.563. Cada 29 años, puede pedir el concesionario el reconocimiento de su derecho á aquel que se halla en posesion del fundo enfitéutico. No se necesita prestacion alguna para el acto de reconocimiento; y los gastos ocasionados son por cuenta del poseedor del prédio.

Por los mismos principios, pueden resolverse las demás cuestiones relativas á la enfiteusis, y que no creemos necesario exponer aquí.

218. No nos ocuparemos especialmente del derecho de superficie, que tambien es un derecho real, *jus in re aliena* que puede adquirirse, ya por un contrato, ya por un acto de última voluntad. Por las grandes analogías que existen entre este derecho y la enfiteusis, por más que esta tenga por objeto el suelo, y el derecho de superficie lo que hay sobre el suelo, pueden resolverse con arreglo á los principios ya expuestos, los conflictos que fácilmente pueden surgir en el caso en que la ley á que estén sujetos el *superficiarius* y el dueño del suelo sea diferente de la del lugar en que está situado el inmueble sobre el derecho real de superficie. En el capítulo siguiente hablaremos de la prenda y de la hipoteca, que son tambien derechos reales.

# CAPITULO IV.

### DE LA LEY QUE DEBE ARREGLAR EL DERECHO DE PRENDA Y DE HIPOTECA.

**219. Naturaleza verdadera de estos derechos.—220. Ley que debe regir: (*A*) La aptitud de las cosas para poder ser dadas en prenda; (*B*) constitucion del derecho de prenda; (*C*) su eficacia; (*D*) la prenda judicial ó testamentaria constituida en el extranjero; (*E*) la prenda de créditos y de títulos nominales; (*F*) la accion pignoraticia; (*G*) la anticresis; (*H*) los derechos que se derivan de la anticresis y su eficacia; (*I*) los privilegios y las hipotecas privilegiadas.—221. Necesidad de distinguir entre el derecho real de hipoteca y la accion hipotecaria.—222. Art. 2.128 del Código de Napoleon, y razones con que se le ha querido justificar.—223. Su crítica.—224. La hipoteca convencional debe ser reconocida en todas partes.—225. De la hipoteca legal.—226. La base de la hipoteca legal es el convenio tácito.—227. Ley que debe regirla.—228. Disposiciones del derecho positivo relativamente á las principales especies de hipoteca legal.—229. Aplicacion de nuestra doctrina.—230. Opinion de los autores relativamente á la hipoteca de la mujer casada sobre los bienes que posee el marido en el extranjero.—231. Nuestra opinion. —232. Condiciones necesarias para la eficacia de este derecho.—233. Hipoteca judicial.—234. Doctrina de los autores franceses fundada en el art. 2.123 del Código de Napoleon.—235. Su refutacion y nuestra opinion sobre la materia.**

219. Todo el que contrata se obliga á sí mismo y obliga á sus herederos al cumplimiento de su deuda personal, y puede ser legalmente obligado por su acreedor á cumplir lo pac-

tado ó prometido, con todos sus bienes presentes y futuros, muebles é inmuebles, corporales é incorporales. Esta garantía, necesaria para hacer eficaces las obligaciones personales, es admitida por todas las legislaciones, pero no engendra en favor del acreedor un *jus in ré* sobre todos los bienes que posee el deudor en el momento que se obliga, sino sólo para los que posee en el momento en que el título es declarado ejecutorio, los cuales pueden ser expropiados indistintamente por el acreedor ó por los demás medios permitidos por la ley del lugar en donde la cosa existe. Con esta garantía general, que liga los bienes indirectamente y como consecuencia de la obligacion personal, no debe confundirse jamás el derecho de prenda y de hipoteca, que es un derecho real, *jus in ré aliena*, constituido á favor del acreedor, que, como garantía especial de su crédito, tiene el derecho de perseguir la cosa del deudor en manos de quien quiera que se halle, hasta obtener el pago de lo que se le adeuda.

El derecho adquirido por el acreedor hipotecario limita y modifica el de propiedad; y en esto es en lo que consiste la diferencia entre la obligacion personal y la hipotecaria; pues en virtud de la primera no puede impedirse al propietario enagenar ni trasferir sus bienes libres de toda carga, porque la persona es la directamente obligada, mientras que la segunda establece el derecho inherente á la cosa, y la facultad de hacerla vender contra el derecho de cualquier poseedor, á no ser que éste se avenga á pagar la deuda con que la cosa está gravada.

Debiendo limitarnos á exponer las reglas propias para resolver los conflictos de legislacion, comenzaremos por hacer notar que, para todo lo que se refiere al contrato de prenda, ó á lo que se exige para su validez, será necesario aplicar las reglas que expondremos en la seccion siguiente; hablaremos aquí únicamente del derecho de prenda y de hipoteca, como *jura in ré aliena*.

220. (*A*). Para determinar cuáles son las obligaciones que pueden garantizarse por medio de la prenda y de la hipoteca, debe aplicarse la ley á que la obligacion está sometida. Mas respecto de la aptitud de la cosa para ser hipotecada ó pignorada, debe aplicarse exclusivamente la *lex rei sitæ*. Así, por ejemplo, mientras que segun el derecho romano podrán hipotecarse todas las cosas enagenables y en el comercio, corpora-

les é incorporales, presentes ó futuras (1), segun nuestro Código, las cosas muebles, corporales é incorporales, no pueden darse en prenda, y solo son susceptibles de ser hipotecados los bienes inmuebles por su naturaleza, ó que son considerados como tales por la ley, es decir, el usufructo con sus accesorios, excepto el usufructo legal de los ascendientes, los derechos del concesionario y del enfiteuta sobre los bienes sometidos á la enfiteusis; y las rentas contra el Estado, de la manera determinada por las leyes relativas á la deuda pública (artículo 1.967) (2). Por consiguiente, si un romano hipotecase ó diese en prenda una servidumbre rústica, como por ejemplo, una servidumbre que deba constituirse en el porvenir sobre un fundo situado en Italia (3), ó una servidumbre

---

(1) Cód. *Quæ res pignori oblig. possunt, vel non* VIII 17;—*Dig. Quæ res pign vel hipot datæ obligari non possunt*, XX, 3; *Dig.*, *De pignori* XX, 1.

(2) Son susceptibles de hipoteca, dice el artículo citado:

1.° Los bienes inmuebles que están en el comercio, así como sus accesorios reputados inmuebles.

2.° El usufructo de estos mismos bienes y accesorios, excepto el usufructo legal de los ascendientes.

3.° Los derechos del concesionario y del enfiteuta sobre los bienes enfitéuticos.

4.° Las rentas del Estado en la forma y modo determinados por las leyes relativas á la deuda pública.

(3) L. 12, *Dig. De pignoribus*, XX, 1.

La cuestion examinada en el texto y á la que Fiore remite al lector, es la de saber si el propietario de un inmueble puede convenir con su acreedor en que éste, no habiéndole pagado al vencimiento del plazo, tendrá derecho de constituir una servidumbre sobre dicho inmueble en provecho de un vecino, de modo que puede obtener su pago mediante el precio de esta constitucion. Segun el jurisconsulto Marciano, no es posible semejante convenio, tratándose de una servidumbre urbana; por el contrario, tratándose de una servidumbre rústica, la admiten Pomponio y Paulo, en razon á su utilidad práctica. Puede convenirse, observa Demangeat, en que sólo el acreedor tenga el derecho de constituir la servidumbre rústica si no se le ha pagado al espirar el plazo: este será un contrato de hipoteca. Puede convenirse tambien en que, si el acreedor tiene un prédio vecino ejerza él mismo la servidumbre hasta que espire el plazo: esto equivale entonces á un contrato de prenda, teniendo el acreedor la cuasi-po-

predial ó personal de cualquier naturaleza que sea, á excepcion del usufructo, este contrato seria entre nosotros completamente ineficaz, en cuanto al derecho real, porque la cosa no es susceptible de ser objeto de prenda ó de hipoteca segun nuestra ley. Lo mismo debe decirse de una hipoteca sobre bienes muebles, ó de la pignoracion de un derecho de prenda ó de hipoteca *(si pignus pignori datum sit*, VIII, 24), ó de la prenda general de una *universitas rerum* (1), y de cosas que no se nombran individualmente.

(*B*). En cuanto á la constitucion y validez del derecho de prenda, debe juzgarse de él con arreglo á la ley bajo cuyo dominio se constituyó. Sin embargo, el acreedor no puede hacer valer su derecho en el lugar en que se halla la cosa, sino cuando ha llenado todas las condiciones exigidas segun la *lex rei sitæ*, á fin de que su derecho pueda ser eficaz.

Segun el Derecho romano, puede constituirse la prenda por contrato, por disposicion de última voluntad, por autoridad del magistrado ó por la ley (2), y da orígen á una accion *in rem* (3).

Segun la ley, la prenda puede proceder de un contrato en el que el deudor dé al acreedor una cosa mueble para seguridad de su crédito (art. 1.878). El acreedor adquiere el derecho de hacerse pagar por privilegio sobre la cosa pignorada, á condicion de que ésta le ha sido consignada y ha quedado en su poder ó en poder de un tercero elegido por las partes, cuando existe un documento público ó privado que contiene la declaracion de la suma debida, así como la naturaleza de las cosas dadas en prenda, ó un estado expresivo de su cualidad,

---

sesion de la cosa pignorada (*Curso elemental de Derecho romano*, edicion de 1864, t. I, pág. 500).

(*N. de P. F.*)

(1) *Universorum autem bonorum pignus totum aficit debitoris patrimonium tam presens quam futurorum* (Muhlembruch, *Doctrina pandutorum* § 306); l. 9, Cód. *quæ res pign.*, VIII, 17.

(2) Gayo, Instit. 2.°, 59 y 60; *Dig. De pignoribus et hipot.* XX, 1; Código, l. c.

(3) § 3, al 12, Iustit., *De act.*, IV, 6: l. 17, § 2, Dig., *De pactis* 11, 14.

peso y medida, si el valor de la prenda es de más de 500 liras (art. 1.879 y 1.880) (1).

*(C).* Es verdad que, de cualquiér modo que se halle constituida la prenda en un país regido por el Derecho romano, si la tradicion ha faltado desde su orígen, y si la cosa mueble afecta ha sido trasportada á Italia, el acreedor no puede reclamar la cosa en justicia contra un tercer poseedor; tampoco puede ejercer su privilegio sobre esta cosa, si él mismo se ha hecho poseedor de ella por una circunstancia accidental y sin tradicion. Aunque á primera vista parece efectivamente que los bienes muebles son regidos por la ley nacional del propietario, y que el derecho legítimamente adquirido sobre ellos puede ser modificado por la traslacion de la cosa, sin embargo, considerando que toda accion real afecta directamente el régimen de la propiedad, debe concluirse que el acreedor no puede ejercitar su derecho sobre la cosa existente en Italia, invocando una institucion inconciliable con nuestro derecho y con la ley que rige la posesion y la propiedad entre nosotros.

Este principio debe aplicarse lo mismo á la prenda civil que á la comercial, para lo cual basta, segun nuestra ley, que las mercancías dadas en prenda estén en los almacenes del acreedor, en sus buques ó en los de su comisionista, en aduana ó en otros depósitos públicos á su disposicion, ó que el acreedor retenga el talon del cargamento debidamente endosado antes de la llegada de la mercancía (Código comercial, art. 190).

*D.* Supongamos, por el contrarío, que, en un país regido por el derecho romano, se ha constituido una prenda por el testador para seguridad de los legatarios y de los acreedores (2), y que el dia en que esta deuda comenzó á existir le

---

(1) Código civil italiano, art. 1.879. «La prenda confiere al acreedor el derecho de hacerse pagar por privilegio sobre la cosa pignorada.

Art. 1.880. Este privilegio solo tiene lugar cuando hay un documento público ó privado que contiene la declaracion de la suma debida, así como de la especie y naturaleza de los cosas dadas en prenda, etc., etc.»

(2) L. 1. *Cod. Com. de las leyes,* VI 43; Muhlembruch, § 311.

fueron efectivamente entregadas al acreedor ó legatario, para seguridad de su crédito, las cosas pignoradas, ó que el magistrado haya puesto al acreedor en posesion de una cosa designada por el deudor para garantía del crédito (1), y que la cosa dada en prenda haya sido trasportada á Italia: en este caso y en otros análogos no puede negarse al acreedor la accion pignoraticia *in rem*, fundándose en la sencilla razon de que nuestra ley no reconoce la prenda testamentaria ni la judicial, por lo cual no debe decidirse, con arreglo á nuestra ley, sobre la constitucion de la prenda.

Con tal que el acreedor esté en posesion de la cosa entregada para seguridad de su crédito, ó que la haya obtenido por disposicion testamentaria, ó por la decision del juez, ó por convenio, puede hacer valer sus derechos contra tercero y hacer reconocer por nuestro magistrado la facultad que tiene para pedir que se le pague, por privilegio, con la cosa pignora da ó con parte de su producto.

*E.* Los créditos y los efectos á la órden, como los títulos nominales de cualquier naturaleza que sean, pueden ser dados en prenda. Algunas leyes disponen que el privilegio sobre los créditos dados en prenda no puede ser válido con relacion á un tercero sino en el caso en que se haya hecho la notificacion de ello al deudor del crédito pignorado (Código civil italiano, art. 1.881). Segun otras legislaciones, como por ejemplo, la del Massachussets, el derecho del nuevo acreedor se hace perfecto con la sola posesion del título é independientemente de la notificacion hecha al deudor (2). Segun la legislacion inglesa, sólo es necesaria la notificacion de la prenda al deudor para designar la nueva persona que, en los casos previstos por la ley, tiene derecho á exigir el pago de la suma debida; de suerte que, faltando la notificacion, si el crédito es embargado por un tercer acreedor y éste obtiene el pago de lo que se le debe, el deudor queda libre; pero si el acreedor, asegurado de la prenda, puede, *pendente lite*, notificar al deudor que se ha pignorado el crédito, por más que

---

(1) L. 26. *Dig.*, *De pignor. act.*, XIII, 7; *Cod. De prætoria pignore*, VIII, 22.

(2) Story, *Conflict of Law*, § 397.

antes de la notificacion se haya practicado el embargo por un tercero, no pierde su privilegio.

Si un extranjero da en prenda un crédito exigible contra un italiano sin notificarlo al deudor, y un tercer acreedor hace embargar por la suma que se le debe estando en manos del deudor, puede surgir la duda sobre si el título del que ha embargado el crédito es anterior al del acreedor asegurado con la prenda. Algunos, considerando que el crédito es una cosa mueble poseida por el acreedor, dicen que debe decidirse con arreglo á la ley de éste, si para constituir una prenda es necesario notificarlo al deudor del crédito pignorado (4). Otros, por el contrario, sostienen que debe aplicarse la ley del domicilio del deudor (5). Pero puesto que el crédito no es un *corpus* capaz de una situacion local, sino un *jus incorporale*, es inútil discutir si debe aplicarse la ley del deudor ó la del acreedor. Como el crédito sólo es exigible en el domicilio del deudor, no puede el privilegio tener ningun valor con relacion á un tercero, sino con arreglo á la ley del deudor; y por consiguiente, si el crédito es exigible en Italia, cualquiera que pueda ser la ley del acreedor, no tiene lugar el privilegio sobre el crédito dado en prenda, sino cuando esto resulta de un documento escrito y que se ha notificado el deudor (artículo 1.881).

*F.* En cuanto á los efectos de la prenda, observamos que, en general, el derecho que adquiere el acreedor sobre las cosas pignoradas y el del deudor, así como sus obligaciones recíprocas, son regidos por la ley á que está sometido por su misma esencia el contrato de prenda de donde se deriva, y ésta es la que debe tambien determinar y regir la accion *pignoraticia directa* y la *pignoraticia contraria*; pero las acciones reales y las posesorias sobre la cosa pignorada deben regirse por la *lex rei sitæ*.

Supongamos, por ejemplo, que el deudor ejerce una *accion pignoraticia directa* contra el acreedor, para obligarle á restituir la cosa que le fué dada en prenda, y que quiere estimarse la obligacion del acreedor, en el caso de pérdida ó deteriora-

(1) Burge, *Commonn. on coolonia and foreing law*, parte 2.ª, cap. 20, p. 777.

(2) Rodemburg, *De div. stat.*, art. 2, cap. 5, § 16.

cion de la cosa: esto debe hacerse teniendo en cuenta solamente la ley bajo cuyo imperio se constituyó la prenda. Por consiguiente, si, con arreglo á esta ley, la pérdida de la cosa dada en prenda sólo libra al creedor en el caso de fuerza mayor, estará obligado, por la más leve falta, por más que la ley del lugar en donde la cosa se halle en aquel momento lo disponga de otro modo. Tambien debe decidirse de éste, si el acreedor está obligado á dar cuenta, no sólo de los frutos percibidos, sino de los que por su falta ha dejado de percibir. Supongamos, por el contrario, que un acreedor pignoratista pertenece á un país regido por el derecho romano y que quiere ejercer la accion serviana ó cuasi-serviana sobre la cosa dada en prenda contra el detentador actual en Italia (1). Segun el derecho romano, el acreedor tiene *un jus in ré* sobre la cosa pignorada (2), y no sólo puede servirse de los interdictos posesorios (3) para hacer respetar su derecho, sino tambien para perseguir la cosa pignorada donde quiera que se encuentre (4). Por el contrario, segun nuestro derecho, el acreedor pignoraticio no tiene una posesion civil, sino sólo la posesion natural ó la detencion. Tiene sobre la cosa un privilegio que puede valer cuando aquella le ha sido entregada, y mientras permanece en su poder ó en el de un tercero elegido por las partes (art. 1.882); faltando la detencion cesa el privilegio. Aunque el derecho haya sido adquirido bajo el imperio de la ley romana, como consecuencia de la regla general que las acciones posesorias y las acciones reales sobre las cosas muebles ó inmuebles, deben ser regidos por la *lex rei sitæ*, no podrá el acreedor ejercitar la accion pignoraticia sino en conformidad con nuestra ley.

Por esta misma razon, si la ley bajo la cual se constituyó la prenda permite el pacto conmisorio, como existia en el derecho romano antes de la Constitucion de Constantino (5), y

---

(1) Demangeat, *Curso de Derecho romano*, t. II, p. 592; Muhlembruch, *Doctrina Pandectarum*, § 319: *Instit.*, *De act.*, libro VI, título 6, § 7; *Dig.*, *De pig.*, 13, 7.

(2) L. 17. *Dig.*, *De pign.*, XX, 1.

(3) *Dig.*, *De adquir vel amit. pos.*, XL, I, 2.

(4) L. 18, § 4; *Dig.*, *De pign. act.*, XXIII, 7.

(5) L. 3. *Cod. De pactis pign. et de lege commisoria in pignoribus rescind.*, VIII, 35

si el acreedor quisiera invocarle en Italia para apropiarse la cosa dada en prenda, probando que el deudor ha perdido todo su derecho por no haber satisfecho la deuda a su vencimiento, no podria verificarlo, porque nuestra ley no permite ese pacto que contiene una lesion directa en perjuicio del deudor, y dispone que sea nulo todo contrato contrario. Diremos además que, si la prenda fué constituida en Roma y el acreedor quisiera, en virtud del derecho que la ley romana le concede, *jus distrahendi pignus* (1), vender en Italia la prenda para hacerse pagado con todo ó parte del precio procedente de la venta, no podrá verificarlo, porque nuestra ley dispone que el acreedor no puede vender la cosa pignorada hasta despues de haber obtenido una sentencia judicial favorable (art. 1.884). No podrá, por consiguiente, invocar su ley en contradiccion con la que rige la posesion de la propiedad entre nosotros.

*G.* El derecho de anticresis tiene mucha analogía con el de prenda, y se deriva de un convenio, por el que el deudor concede al acreedor la facultad de usar y de disfrutar de una cosa frujífera y de percibir los frutos del inmueble en lugar de los intereses. En todo lo que se refiere á la naturaleza del contrato y á la extension del derecho que adquiere el acreedor, debe aplicarse la ley del lugar en donde ha nacido el derecho; y solo para el ejercicio de este derecho y de las acciones reales sobre la cosa dada en anticresis, debe aplicarse la *lex rei sitæ.* Contra esta opinion está la de Fœlix, que dice que las obligaciones resultantes del arrendamiento ó de la anticresis de inmuebles deben regirse por la *lex rei sitæ* (2).

*H.* Supongamos, por ejemplo, que un prédio situado en Italia se dé en anticresis por un propietario romano á su acreedor, y que el contrato tenga lugar bajo el imperio de la ley romana. Segun esta ley, es considerada la anticresis como un pacto adjunto á la prenda, ya sea expresa, ya tácitamente (3). En virtud de la anticresis tácita, el acreedor adquiere el derecho de hacer suyos los frutos, imputándolos como intereses legales (4); en la anticresis propiamente dicha, no está

(1) *De distrac. pign. Cod.*, VIII, 28; *Dig.*, *De distrac. pignor*, XX, 5.

(2) Fœlix, *Derecho internacional privado*, núm. 60.

(3) Muhlembruch, *Doctrina Pandectarum*, § 321: l. 8, *Dig.*, XX, 2.

(4) *Dig.*, *In quibus caus. pig. vel hypoth. tac. contr.*, l. 2., *Cod.* libro VIII, 25.

prohibido apropiarse los frutos, áun cuando excedan á la tasa legal de los intereses (1). El acreedor adquiere un derecho sobre la cosa, y puede gozar de él para sí mismo y sus sucesores hasta el pago de la suma debida (2). Segun nuestra ley, por el contrario, adquiere el acreedor el derecho de hacer suyos los frutos del inmueble que le ha sido dado en anticresis, pero con la obligacion de irlos descontando de los intereses, y, si exceden, del capital (art. 1.891). No adquiere un derecho real sobre la cosa, porque la anticresis sólo produce efecto en cuanto á las relaciones entre el deudor, el acreedor y sus herederos (art. 1.897).

Aplicando la regla general establecida por nosotros, los derechos y las obligaciones del acreedor y del deudor, la constitucion de la anticresis y la extension del derecho que confiere, serán regidos por la ley romana. Pero si el acreedor quisiera perseguir la cosa situada en Italia en manos de un tercero, no podria verificarlo, porque nuestra ley no reconoce, en favor del acreedor que tiene un prédio en anticresis, nada más que el derecho de retencion unido á la posesion de la cosa, el cual no dura sino mientras subsiste la posesion misma, y solo puede, por tanto, producir sus efectos, con arreglo á la ley que rige entre nosotros la posesion y la propiedad. Por la misma razon no podria invocarse el pacto conmisorio ante nuestros tribunales, porque está expresamente prohibido (art. 1.894) (3).

*I.* Entrando ahora á tratar la cuestion de los privilegios y de las hipotecas, comenzaremos por declarar, que no podemos admitir la opinion de Fœlix, que dice que los derechos de privilegio ó de hipoteca convencional, judicial ó legal sobre los inmuebles, deben regirse por la *lex rei sitæ*. Hay que hacer en esto muchas distinciones, deduciéndolas de la naturaleza de estas relaciones jurídicas, y comenzaremos por observar que no puede razonarse de la misma manera sobre los privi-

---

(1) L. 14, 17; *Cod.*, *De usuris*, IV, 32,

(2) L. 11, § 1,°; *Dig.*, *De pign. et hyp.*, XXI; Pohtier, *Hipot.*, c. 5.

(3) Hé aquí el texto de este artículo: «El acreedor no se hace propietario del inmueble por sólo la falta de pago en el plazo convenido; toda estipulacion contraria es nula. A falta de pago, puede perseguir por las vías legales la expropiacion de su deudor.

legios y las hipotecas. Los privilegios se derivan de la ley y no pueden tener nada más que este orígen, porque consisten en un favor atribuido por su naturaleza á un crédito, en virtud del cual adquiere el acreedor el derecho de que se le pague con preferencia á los demás.

La hipoteca, por el contrario, es un derecho real sobre la cosa de otro, *jus in re aliena*, que puede derivarse de un contrato, de una sentencia judicial ó de la ley, y en virtud del cual puede el acreedor obrar directamente contra la cosa afecta al pago de una deuda, independientemente de la deuda misma.

Admitimos que, en cuanto á los privilegios y al derecho de preferencia, en caso de concurso de muchos acreedores, debe juzgarse con arreglo á la *lex rei sitæ*, ya se trate de cosas inmuebles, ya de cosas muebles. La razon de esto es porque ningun legislador puede conceder favores extralimitándose de su autori 'ad, y porque ningun extranjero puede prevalerse del favor más grande de que goza su crédito, segun su ley, en perjuicio de los derechos que un tercero puede haber adquirido sobre la cosa misma, bajo la garantía de la *lex rite sitæ*. Este principio debe aplicarse, no sólo á las hipotecas, sino tambien á los privilegios sobre los muebles, bajo cualquier título, como por ejemplo, el privilegio del comisionista por los adelantos sobre las mercancías que le han sido remitidas ó expedidas desde otra plaza de comercio; al del hostelero sobre el equipaje de un viajero por suministros hechos y por su salario.

221. En cuanto á la hipoteca, es necesario distinguir el derecho real que adquiere el acreedor sobre la cosa de otro, de los efectos que de ella se derivan y de la accion hipotecaria. El derecho real, *jus in re*, pignora directamente los fundos y los sigue en cualquier mano que se hallen, de suerte que puede considerarse la cosa como pignorada hasta la completa extincion de la deuda. Este derecho es siempre un accesorio de la obligacion personal cuya ejecucion garantiza, con tal que no perjudique al régimen de la propiedad territorial, y debe ser regido por la ley que regula la obligacion principal, ya proceda de un convenio expreso de las partes, ya se desprenda de una disposicion de la ley ó de una sentencia judicial.

La caucion hipotecaria, por el contrario, es una accion

real, en virtud de la cual puede el acreedor proceder contra un tercero detentador del prédio hipotecado, y hacer que se le condene á abandonar el prédio ó á satisfacer la deuda, no porque el defensor esté ligado por una obligacion personal hácia aquel, sino como poseedor del fundo que está directamente hipotecado. En virtud del principio general que las acciones reales deben regirse por la *lex rei sitæ*, debe ejercerse la accion hipotecaria conforme á la ley territorial, y cuando se hayan llenado todas las condiciones exigidas por ella, para que el acreedor á quien pertenece el derecho de hipoteca pueda intentarla.

222. Aplicando estos principios á las diversas especies de hipotecas, observamos que no puede, en manera alguna, justificarse la doctrina consagrada por el art. 2.128 del Código de Napoleon, que dispone: «Que los contratos hechos en país extranjero no pueden dar hipoteca sobre los bienes situados en Francia si no hay establecido nada en contrario en las leyes políticas ó en los tratados.»

Háse querido justificar esta máxima con la consideracion de que se puede reconocer en un funcionario extranjero una autoridad que sólo el soberano puede dar en el reino(1). Se ha dicho tambien que aunque la obligacion sea de derecho de gentes, la hipoteca es de derecho civil, y que no puede valer fuera de los límites en que domina la autoridad soberana de donde se deriva; que los documentos hechos por los funcionarios públicos extranjeros no tienen la autenticidad necesaria para producir la hipoteca, porque sólo el soberano puede dar autenticidad á un documento; que la *obligatio extra Galiam contracta, pro simplici chyrographo est in Galia* (2); el derecho que adquiere un particular de embargar y vender un inmueble entraña jurisdiccion y ejecucion, que no pueden ser conferidas por un soberano ó por sus delegados para los bienes situados en otro Estado (3).

---

(1) Persil, *Reg. hipot*., art. 2.128; Massé, *Derecho comun*, n. 821.

(2) Mornac, *Sobre la l. ult.*; *Dig.*; *De jurisd.*, núm. 11; Grenier, *Tratado de las hipotecas*, núms. 12 y 13.

(3) Dalloz, *Jurisprudencia general*, v. *hipoteca*: *Battur*, núm. 307.

223. Estos y los demás argumentos, están fundados en la confusion del derecho de hipoteca con la accion hipotecaria, y en la falsa aplicacion del estatuto real.

Cuando el sistema hipotecario de Francia estaba regido por los principios de la antigua legislacion, cuando todas las actas notariales producian, de derecho, hipoteca sobre todos los bienes presentes y futuros, independientemente de la estipulacion y de la inscripcion en los registros públicos, era fácil confundir dos cosas esencialmente distintas, es decir, la hipoteca y su fuerza ejecutoria, y establecer como regla que las actas notariales estendidas en el extranjero no podian producir hipoteca. Pero bajo el régimen hipotecario moderno, para hacer eficaz su derecho, debe el acreedor inscribirla en los registros públicos y renovarla; de suerte que la hipoteca se convierte en tal y produce efecto desde el momento de la inscripcion. Puede hacer que se venda en pública subasta el inmueble hipotecado en garantía de su crédito, en el caso en que no se le pagase; pero no puede hacer nada de esto por su autoridad privada: debe provocar un juicio de expropiacion ante la autoridad judicial, siguiendo un procedimiento determinado por la ley, á fin de obtener un fallo que autorice la venta así como el pago de su crédito, en concurrencia con los demás acreedores hipotecarios, que tenga algunos derechos sobre el mismo inmueble. Estos actos ejecutorios que proceden del derecho de hipoteca, están pues, en el fondo y en la forma, sometidos á la ley y á la autoridad del magistrado local, y no dependen en manera alguna del soberano ni de los funcionarios públicos extranjeros.

La disposicion del art. 2.128 del Código de Napoleon, es un triste recuerdo de la Ordenanza de 1629, que establecia (artículo 121): «Que los contratos ó las obligaciones contraidas en reinos ó territorios extranjeros, por cualquier causa que sea, no producirán hipoteca ni serán ejecutorios en Francia, sino que se considerarán (los contratos) como siemples promesas.» Pero es un contrasentido volver á ponerla en vigor en nuestra época, para sostener que la hipoteca convencional estipulada en el extranjero no debe producir efecto, y que el acreedor hipotecario debe estar obligado á llamar á su deudor ante el magistrado francés y hacer que se le condene para obtener de este modo una hipoteca judicial. Esto quebranta la buena fé que debe garantizar todos los derechos que se

derivan de una obligacion válidamente contraida, y es inconciliable con nuestra doctrina (1).

224. La hipoteca convencional, nace, en efecto, de la voluntad de las partes. Así como el propietario puede disponer libremente de la cosa, darla, trasmitirla, enagenarla, puede prometerla en seguridad de su deuda, y cuando el acto jurídico es válido debe producir sus efectos, en cualquier lugar que se realice y para todo aquello que se refiera á la constitucion del derecho.

Para la eficacia de éste y para los efectos que de él pueden derivarse, aplicamos la regla general aplicable á todos los demás derechos reales, es decir, que no pueden ser eficaces de un modo contrario á las leyes vigentes en el lugar en donde quiere hacerse valer el derecho; admitimos, por consiguiente, que la hipoteca es ineficaz cuando las cosas no son susceptibles de ella segun la *lex rei sitæ*; que no puede valer, en Francia ó en Italia, sobre los bienes presentes y futuros; que no puede ser general é independiente de la inscripcion, como tampoco derivarse de un acto público sin convencion expresa. Pero no podemos admitir que el acreedor que quiera ajustarse á las prescripciones de la ley francesa no tenga el derecho de pedir y obtener la inscripcion en Francia, en virtud de su contrato hecho en el extranjero. Nosotros creemos, por el contrario, que, indepeñdientemente de los tratados y de las leyes políticas, debe juzgarse del derecho de hipoteea como de cualquier otro derecho que pueda derivarse de un contrato declarado ejecutorio (2).

---

(1) Véase Duranton, núm. 362; Sapey, *Los extranjeros en Francia*; Troplong, *Privilegio é hipoteca*, núm. 511; Dragoumis, p. 110.

(2) En el tercer tomo del *Comentario* francés de M. Willan Beach, acerca de Wheaton, se halla la siguiente disertacion sobre la hipoteca y la prenda:

«La hipoteca es un derecho real sobre los inmuebles afectos á una obligacion. Son susceptibles de hipoteca: 1.°, los bienes inmuebles que se hallan en el comercio, y sus accesorios reputados como inmuebles; 2.°, el usufructo de estos mismos bienes y accesorios por todo el tiempo de su duracion. Los accesorios son, por ejemplo, los animales anejos al cultivo, los utensilios de labor, etc.; pero estos objetos sólo pueden hipotecarse con el inmueble correspondiente, porque sólo como

225. A primera vista podria creerse que estos principios no son aplicables á la hipoteca legal, que procede inmediatamente de la ley, sin que sea necesario que haya habido pré-

---

accesorios son susceptibles de hipoteca. Una vez separados del fundo, no puede el acreedor hipotecario perseguirlos en manos de un tercero, porque se hacen muebles, y éstos no son objeto de hipoteca.

Conviene notar aquí que los reglamentos franceses, respecto de los muebles, tienen un orígen anterior á los Códigos En el Derecho romano, dice Domat, tenia la hipoteca el mismo efecto sobre los muebles que sobre los inmuebles, con el derecho de perseguir por doquiera el objeto hipotecado. Es una regla que la hipoteca sobre el mueble sólo dura el tiempo que permanece en poder del obligado ó del obligante. Pero si el deudor lo hace pasar á otras manos, ya por enagenacion ó dándolo en prenda, no puede perseguirse.

Sabemos, dice Savigny, que existen reglas de derecho sobre las formas de enagenacion que es necesario aplicar en el lugar en que la cosa está situada, sin consideracion alguna al domicilio del adquirente ó del vendedor, y sin tener para nada en cuenta el lugar en donde se verifica el contrato. Así, pues, en el Derecho romano, resulta la enagenacion de la entrega de la cosa. Lo mismo sucede en el Código prusiano. Segun el Código francés, la obligacion de entregar la cosa, es perfecta por sólo el consentimiento de las partes contratantes. Este es tambien el derecho vigente en las provincias rehenanas de Prusia. Los siguientes ejemplos mostrarán claramente lo que hay sobre esta regla. Cuando un parisien vende á uno de sus compatriotas un mueble que se halla en Berlin, no se trasmite la propiedad por entrega ó tradicion. Cuando, por el contrario, un berlinense vende á uno de sus compatriotas un mueble que tiene en París, la propiedad se trasmite por el sólo consentimiento de las partes. Seria, pues, absolutamente lo mismo, si en estos ejemplos se sustituyese la ciudad de Colonia á la de París.

Una cuestion análoga ha surgido en el Estado de la Luisiana. Resultaba de una diferencia supuesta entre la regla del Derecho comun y la del Derecho civil en esta materia. Segun el Derecho comun, la venta de los bienes es, ó puede ser, completa, sin que preceda la entrega de la cosa. Pero, segun la ley de la Luisiana, es necesaria dicha entrega para que se considere completa la traslacion del dominio, segun la máxima bien conocida del Derecho civil: *traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur*. Despues de un minucioso exámen y de sérias discusiones, el Tribunal Supremo de la Luisiana ha mantenido la doctrina de que, en dicho Estado, no es completa la traslacion de dominio de los bienes muebles, de manera

viamente una convencion expresa de las partes. Pero, estudiando bien la naturaleza de esta institucion, no hallamos razon alguna para modificar nuestros principios.

---

que cambie la propiedad respecto de los acreedores, hasta que no ha mediado la entrega de la cosa, con arreglo á las leyes de este Estado, aun cuando se hiciese la trasferencia por el propietario en su domicilio extranjero, y esta fuese válida sin la tradicion, con arreglo á las leyes de este domicilio. Este punto se ha decidido así en muchos casos, por el Tribunal de la Luisiana, cuyas sentencias cita Story en su obra.

Parece que la ley prusiana sobre las hipotecas de inmuebles está basada en los mismos principios que la de Francia. Una diferencia mucho mayor existe en los Estados alemanes, que admiten en general el derecho de prenda de los romanos, y los que han dado á este derecho una base enteramente nueva. Tomaré como tipo de estos últimos á Prusia, cuya legislacion nos ofrece en esta materia las teorías más completas. Hállanse en otros países muchas disposiciones de la legislacion prusiana, y no será difícil aplicarles la regla que voy á establecer. El Derecho prusiano no admite que un simple contrato pueda constituir un derecho de prenda como derecho real. Despuès establece una distincion entre los inmuebles y los muebles. Respecto de los primeros, el Derecho real resulta sólo de una inscripcion sobre los registros de hipotecas. Un contrato sobre la inscripcion de un inmueble determinado, es un título para exigir esta inscripcion. Otro contrato, que constituya en general un derecho de prenda sobre el conjunto de un patrimonio, no confiere el derecho de exigir esta inscripcion sobre los bienes individuales que le confiere. Respecto de los muebles, el derecho real de prenda resulta sólo de su entrega; un contrato que constituya como prendas muebles determinados, es un título para obtener la entrega. Así, pues, cuando en un país regido por el Derecho romano, interviene un contrato de prenda expreso ó tácito, los bienes del deudor situados en Prusia no forman parte de la prenda. Este contrato puede servir, cuando más, de título para obtener la pignoracion de estos bienes por medio de la inscripcion en el registro de hipotecas, ó por la entrega, y esto bajo las condiciones especiales de que he hablado anteriormente. Si, por el contrario, interviene en Prusia un contrato de prenda relativo á usos determinados ó al conjunto de un patrimonio, y el deudor tiene bienes en un país regido por el Derecho romano, nada se opone á que estos bienes se consideren como válidamente hipotecados, puesto que el Derecho romano no subordina la validez de la prenda, ni al lugar en donde interviene el contrato, ni al domicilio del deudor. Así, pues, la *lex rei sitæ* puede y debe recibir aquí su aplicacion (t. III, p. 77 y sig.)

*(N. de P. F.)*

Háse dicho, en efecto, que la hipoteca legal es esencialmente diferente de la convencional, porque se impone inevitablemente, á pesar de toda convencion contraria, y que es una creacion de la ley, mientras que la otra hipoteca procede del convenio de las partes; que debe considerársela como un favor enteramente personal, concedido por el legislador, y que puede ser válido en su territorio (1); que aun cuando quisiera considerarse la hipoteca convencional como una institucion del derecho de gentes, esto no podria valer absolutamente para la hipoteca legal (2).

No vamos á discutir aquí si la hipoteca es de derecho de gentes ó de derecho civil, porque esta discusion no tiene ningun interés en nuestro sistema, despues de haber demostrado que no puede establecerse diferencia alguna entre los ciudadanos y los extranjeros en lo concerniente al goce de los derechos civiles (3). Creemos tambien inútil discutir si la hipoteca legal puede confundirse con el privilegio. Aunque sea, en efecto, una creacion de la ley no se la puede considerar en absoluto como un favor concedido por el legislador, ni compararla con el privilegio, que es esencialmente distinto de ella. El único punto discutible es el de determinar si la hipoteca legal es en esencia diferente de la hipoteca convencional, y esto es lo que nosotros impugnamos.

226. Estudiando, en efecto, el verdadero carácter de la institucion jurídica que los modernos llaman hipoteca legal, y los romanos llamaron *hipoteca tácita*, hallamos que su base no es el favor ni el privilegio, sino la convencion tácita *quasi id tacite convenerint* (4). Tal es la opinion del jurisconsulto Paulo: «*Item quia conventiones etiam tacite valent, placet in urbanis habitacionibus, invecta et illata pignori esse locatori, etiamsi nihil nominatim convenerint* (5).» Tal es tambien la creencia de Negusancio, jurisconsulto italiano,

---

(1) Soloman, *Ensayo sobre la condicion jurídica de los extranjeros*, página 63.

(2) Troplong, núm. 322.

(3) Véanse los *Preliminares*, cap. V, núm. 35.

(4) L. 4, *Dig. In quibus causis pignus vel hypotheca tacita contraitur*, XX, 2; l. 7, *Dig.*; l. 7 Cod., VIII, XV.

(5) L. 4. *Dig.*, *De pactis*, II, 14.

que en el siglo XVI escribió un tratado excelente, bajo el título: «*De pignoribus et hypothecis:—lex in omnibus tacitis hypothecis fingit pactionem et conventionem partium contrahentium, quamvis expresa non fuerint, et est perinde ac si in veritate hypotheca illa fuiset constituta per conventionem* (1).»

La hipoca es un accesorio de la obligacion personal cuyo cumplimiento garantiza, y experimenta las mismas modificiones que son inherentes á la obligacion que le sirve de base, Es un principio incontestable, que debe juzgarse de la fuerza de una obligacion, de su naturaleza y de los efectos inmediatos que de ella se derivan, con arreglo á la ley bajo la cual se ha hecho perfecta la obligacion misma, y que las partes están obligadas, no sólo á lo que han estipulado expresamente, sino tambien á aquello en que consintieron de un modo tácito, *quia conventiones etiam tacite valent.*

Por consiguiente, si, segun la ley bajo la cual se han obligado las partes, va unida á la obligacion personal una hipoteca en favor del acreedor por disposicion expresa de esta ley, esta hipoteca debe producir su efecto en todas partes, como si se hubiese estipulado esplícitamente.

Es verdad, en efecto, que es exigida por la autoridad pública en nombre y en interés del acreedor, pero es siempre tácitamente consentida por el deudor como accesorio necesario y como garantía de su obligacion personal.

227. No puede decirse que constituya un favor personal solo porque se deriva de la ley, porque en las obligaciones contraidas bajo el dominio de una ley, ésta no determina solamente el valor jurídico y garantiza su cumplimiento, sino que sirve tambien para determinar la naturaleza de la obligacion, y es el cumplimiento del contrato: *ea enim quœ auctoritate legis vel consuetudinis contractum comitantur eidemque adhœrent naturalia doctoribus appelantur. Lex enim altero est quasi natura et in naturam transit* (1). Concluimos, pues, que la hipoteca legal, como derecho resultante de una convencion tácita, debe ser reconocida por doquiera, salvo siempre, en cuanto á su eficacia, las excepciones hechas en el

(1) I, Memb., 4, núm. 11.

(2) Lauterbach, *Disert.* 104, tercera parte, núm. 58.

número precedente, y que esclareceremos con algunas esplicaciones.

228. Diversas son las causas de donde procede la hipoteca legal segun el Derecho romano. Algunos enumeran hasta 26 (2). En las legislaciones modernas, es su número más limitado. El Código civil italiano concede la hipoteca legal: 1.°, al vendedor ó á cualquier otro que enagena, sobre los inmuebles enagenados para el cumplimiento de las obligaciones que se derivan del acto de la enagenacion; 2.°, á los coherederos, asociados ó á otros copartícipes de los inmuebles que forman parte de la sucesion, sociedad ó comunidad, para el pago de sueldos y de lotes; 3.°, al menor y al incapacitado sobre los bienes del tutor; 4.°, á la mujer sobre los bienes del marido por la dote y sus gananciales; 5.°, al Estado sobre los bienes de los condenados para pago de las costas del proceso (art. 1.969).

El Código de Napoleon concede la hipoteca legal sobre los bienes del marido á la mujer casada, al menor y al incapacitado sobre los del tutor; al Estado, á los municipios y á los establecimientos públicos sobre los bienes de sus administradores (art. 2121). Puede considerarse como hipoteca legal la que tiene el legatario sobre los inmuebles de la sucesion para el pago de su legado (art. 1017). Al vendedor, sobre el inmueble vendido para hacerse pagado de su precio, y á los coherederos, sobre los inmuebles de la sucesion, concede dicho Código un privilegio que degenera en simple hipoteca, y á ella equivale desde el momento de la inscripcion, si no ha sido inscrito en el tiempo fijado para su conservacion (art. 2113).

229. Entre los títulos de crédito á que el derecho romano ha concedido la hipoteca legal, se halla el derecho del marido sobre los bienes de aquél que ha intervenido en el contrato nupcial y se ha obligado á constituir la dote (2). Si el que ha prometido tuviese una parte de sus bienes en Italia, y el marido pidiese la inscripcion de estos bienes, no podria serle negada por la sola razon de que nuestra ley no admite esta especie de hipoteca legal. Es cierto que el art. 7 del Código civil dispone que los bienes inmuebles están sometidos á la

---

(1) Quibus causis, *Pig. vel hypot. tacit. contra*, XX, 2.
(2) L. un. § 1.° *Cod. de rei uxor act.* (V. 13).

ley del lugar en donde se hallan situados, y que nuestra ley reclamaria en esto un convenio expreso; pero considerando que el derecho ha sido adquirido bajo la ley romana; que el marido ha aceptado la promesa de la dote con la garantía de la hipoteca sobre los bienes de aquel que le ha prometido; que este derecho, adquirido por convenio tácito, ha venido á formar parte integrante de la obligacion personal, y que debe juzgarse de su constitucion con arreglo á la ley bajo que ha sido adquirido, es necesario deducir de aquí que el marido tiene derecho á pedir la inscripcion conforme á las disposiciones de nuestro Código civil para hacer eficaz en Italia su derecho.

230. Se ha discutido extensamente si la mujer casada debia gozar del derecho de hipoteca legal sobre los bienes de su marido situados en el extranjero. Muchos escritores han sostenido la negativa, fundándose en la consideracion de que esta especie de hipoteca es una institucion de derecho civil, y no puede darse á los extranjeros.

Tal es el parecer de Duranton, que cita en apoyo de su opinion una sentencia del Tribunal de Amiens (1), y el de Grennier, que dice es incuestionable que el derecho civil de una nacion protege únicamente á los ciudadanos para quienes está establecido este derecho, y que no se comunica absolutamente á los ciudadanos de otro Estado á quienes aquél es extraño (2).» Otros han negado que sea una institucion de derecho civil, y han sostenido que debe ser regida por la ley del lugar donde el inmueble esté situado, porque el estatuto que á él se refiere es un estatuto real. Tal es el parecer de Merlin, de Paulo Mont, de Troplong (3), que ha demostrado que la hipoteca legal de que goza la mujer casada, es de derecho de gentes, y se deriva, no de un contrato, sino del hecho de la celebracion del matrimonio; y concluye que, á pesar de todo lo que hay de civil en la manera de ad-

---

(1) 18 de Agosto de 1834, Sirey, 35, 2, 481.

(2) Duranton, núm. 232; Grenier, núm. 246; Aubri y Rau, nota 15 al § 264; Zacarías, Massé, *D. com.*, 287; Dalloz, núm. 868, que cita muchos fallos de tribunales franceses.

(3) Merlin, *Repert v. remploi*; Troplong, núm. 513; *Pont privil. et hipot.*, núm. 432.

quirir la hipoteca, puede excluirse de ella á los extranjeros. Considera, además, que la ley que dá á la mujer la hipoteca sobre los inmuebles del marido situados en Francia, es un estatuto real, y afecta todos los inmuebles allí sitos, sin tener en cuenta la persona que los posee. Concluye, de aquí, que la mujer extranjera casada debe gozar del derecho de hipoteca legal en Francia (1).

A pesar del gran respeto que profesamos al eminente jurisconsulto, por la luz que ha esparcido sobre la ciencia con su profundo tratado acerca de las hipotecas, juzgamos que la base de su razonamiento es defectuosa. La confusa teoría de la personalidad y de la realidad ha llegado hasta turbar uno de los más grandes talentos. Admitiendo, en efecto, la doctrina de Troplong, seguiríase que, aunque la ley, bajo la cual se ha celebrado el matrimonio, no concediese á la mujer la hipoteca legal, tendria ésta en los bienes situados en Francia y en Italia los efectos hipotecarios concedidos por la *lex rei sitæ* á la mujer casada. Por consiguiente, la mujer holandesa tendria la hipoteca legal sobre los bienes del marido situados en Francia, no obstante que la ley de los Países Bajos no le dá semejante derecho.

Esta consecuencia contradice un principio incuestionable para nosotros, á saber: que los actos y las obligaciones no pueden tener otros efectos que los que le son atribuidos por la ley que los rige. Hallamos, pues, bien fundada bajo esta relacion la razon admitida por el Tribunal de Lieja (2), que negó á una mujer francesa la hipoteca sobre los bienes que su marido poseia en Bélgica, pues, por más que la hipoteca sea un derecho real, sin embargo, habiéndose establecido este derecho para la seguridad de una obligacion personal, su aplicacion á proteger los derechos de la mujer no puede constituir un estatuto real.

Para obviar todos estos inconvenientes, han sostenido

---

(1) Véase Bartolo, sobre la ley *Cunctos populos, C. de sum. trinitate*, núm. 27; y Dumoulin, sobre la misma ley; Persil, *Cuest. sobre los privilegios y las hipot.*, libro 11, cap. V, § 2; Balleroy de Remville, *Privil é hipot.*, t. II, p. 232; Dalloz, *Repert. V°. Hipot.* núm. 15; Chardon, número 64; Tessier, núm. 1091.

(2) 16 de Mayo de 1823, *Pasier. Belg.*, 410.

Fœlix y Rocco que la hipoteca legal de la mujer casada debe estar subordinada á tres condiciones: 1.ª que la reconozca la ley del lugar en donde está situado el inmueble; 2.ª que sea tambien admitida por la ley del domicilio de la persona que quiera disfrutarla; 3.ª que exista entre ambos Estados un tratado que permita con la reciprocidad el goce de este derecho á la mujer casada (1).

231. El principio fundamental de nuestra teoría es, que la personalidad jurídica del individuo debe ser respetada en todas partes, independientemente de los tratados y de los convenios, y que los derechos legítimamente adquiridos deben ser universalmente reconocidos, con tal que no contradigan los principios de órden público ó la organizacion general de la propiedad. La mujer casada debe, por consiguiente, poder gozar por doquiera del derecho de hipoteca sobre los bienes del marido, cuando la concede este derecho la ley que rige el matrimonio y los derechos recíprocos de ambos cónyuges sobre sus bienes; mas, para que la hipoteca pueda ser eficaz en el lugar en que se halla situada la cosa, debe observar la mujer todas las disposiciones de la *lex rei sitæ*.

232. Por consiguiente, la mujer romana (2) tendrá la hipoteca legal para la restitucion de la dote, de las donaciones *propter nupcias* y de sus bienes parafernales, sobre los bienes del marido situados en Italia y sobre los del suegro, si éste se ha obligado á estas restituciones. Sin embargo, no será entre nosotros eficaz este derecho independientemente de toda publicidad é inscripcion, ni tendrá el privilegio de preferencia sobre todos los demás acreedores hipotecarios de su marido, segun las disposiciones de la ley romana (3). Tal es el caso en que una ley extranjera se hallase en contradiccion directa con la ley que rige entre nosotros la hipoteca, y en la que el derecho del particular fuese ineficaz, porque perjudicase los intereses generales de la sociedad. Puede, pues, invocarse la disposicion del artículo de nuestro Código civil,

---

(1) Fœlix, *Revista de las Revistas de derecho*, t. V, p. 119; Rocco, primera parte, cap. VII, parte tercera. cap. 3 y 22.

(2) L. únic. § 1 y 13; *Cod. de rei uxor act.* (V. 13); l. 30, *Cod., De jure dotali* (V. 12); Novel. 109, c. 1.

(3) L. 12, § 1.º; *Cod. qui pot. in pign*, (VIII, 18; Novela 97, cap. 2).

segun el cual los bienes inmuebles están sujetos á las leyes del lugar en donde se hallan situados.

Al consagrar nuestra legislacion el sistema de la publicidad de las hipotecas, no ha querido proveer á los intereses de personas determinadas, pero sí defender los intereses generales é impedir que los terceros de buena fé pudiesen ver frustrados sus derechos por hipotecas ocultas, contra cuyos efectos no hubiera ninguna garantía. Por esta misma razon la mujer romana sólo puede pedir la hipoteca sobre los bienes que el marido poseia en el momento en que se constituyó la dote, no sobre los bienes futuros, que no son susceptibles de hipoteca con arreglo á nuestra ley. Pero si exigiera la inscripcion sobre bienes determinados que el marido poseia en Italia en el momento en que la dote fué constituida y que se los considera hipotecados desde el momento de la inscripcion, no podria negársele este derecho por la sola razon de que se deducia de la disposicion de una ley extranjera (1).

---

(1) Deben considerarse como leyes reales todas aquellas que determinan los bienes que son susceptibles de ser hipotecados y la manera cómo puede ser constituida la hipoteca. ¿Pero constituye un estatuto real la ley que concede á la mujer casada una hipoteca legal? En otros términos: ¿tiene la mujer extranjera una hipoteca legal sobre los bienes de su marido situados en Francia? Fiore ha resumido perfectamente la controversia que ha surgido sobre este asunto. Merlin y Troplong creen, en efecto, que las disposiciones legislativas que crean hipotecas legales en provecho de ciertas personas, forman parte del estatuto real. Fœlix y Demolombe consignan que, por más que las disposiciones legislativas establecen que las hipotecas legales de que se trata entran en el estatuto real, no deben, sin embargo, aplicarse de una manera absoluta los principios relativos á este estatuto, puesto que se refieren, bajo cierto aspecto, al estatuto personal. Valette y Demangeat creen que las disposiciones que dan á ciertas personas una hipoteca legal, forman parte del estatuto personal. Aubry y Rau, por último, son de parecer que, por más que los artículos 2.116 y 2.117 del Código civil, que determinan las diferentes especies de hipotecas, constituyen un estatuto real, en el sentido de que los inmuebles franceses no pueden estar gravados con otras hipotecas que las admitidas por la ley francesa, sucede lo contrario en los artículos 2.121 y 2.135, cuyo objeto principal es mucho ménos el arreglar la condicion jurídica de los inmuebles que el proteger de una manera especial los in-

233. En cuanto á la hipoteca que puede derivarse de una sentencia judicial pronunciada por un tribunal extranjero, debemos aplicar los mismos principios contra la opinion de jurisconsultos franceses, fundada sobre su legislacion y jurisprudencia (1).

Admitimos que no puede producir ningun efecto un juicio emanado de un tribunal extranjero si, en el Estado donde se quiera obtener este efecto, no se declara ejecutorio el juicio con ciertas formas de procedimiento de que hablaremos en su lugar; pero creemos tambien que, al derecho de hipoteca de que hablamos, deben aplicarse las mismas reglas que á los demás derechos adquiridos en virtud de la cosa juzgada.

234. El artículo 2.173 del Código de Napoleon, (§ último), dispone que «la hipoteca no puede resultar tampoco de las sentencias dadas en país extranjero, sino en cuanto han sido declaradas por un tribunal francés, sin perjuicio de las disposiciones contrarias de las leyes políticas ó de los tratados.» No nos detendremos á exponer las razones por las que se ha querido justificar la interpretacion de este artículo; nos contentaremos con notar que la mayor parte de los escritores llegan á esta conclusion: que, mientras para las sentencias de los tribunales extranjeros debe ser suficiente el simple *pareatis*, el magistrado francés, sin que éste se pronuncie de

---

tereses pecuniarios de cierta clase de personas. No es, pues, objeto de la ley el gravámen hipotecario, sino solamente un medio elegido para realizar el fin precedentemente indicado. Segun los sábios anotadores de Zacarías, es desconocer el verdadero carácter de los artículos 2.121 y 2.135 el ver en ellos reglas relativas directamente al régimen de los inmuebles. Por otra parte, no es posible tampoco considerar estas disposiciones incluidas en el estatuto personal, puesto que no tienen por objeto arreglar el estado y la capacidad de las personas. (*Curso de derecho civil francés*, edicion de 1856, t. I, n. 77, nota 19.)

(*N. de P. F.*)

(1) Dalloz, *Privilegios é hipotecas*, núm. 1.168; Persil, *Régimen hipotecario*, art. 2.123, n. 16 y sig.; Grenier, n. 207 y sig.; Daranton, número 342; Troplong, n. 451; Flandin, *Trat. de las hipot.*; Casacion 19 de Abril de 1819 (Sirey, 1819, 1, 120); París 27 de Agosto de 1816; Tolosa 27 de Diciembre de 1819. Grenoble 3 de Enero de 1829. (Todos en Sirey.)

nuevo sobre el mérito de la contestacion para los juicios que confieren la hipoteca, debe admitir la máxima contraria, porque es un principio constante del derecho francés que los inmuebles situados en Francia, áun poseidos por los extranjeros, son regidos por la ley francesa.

Tal es la doctrina de Dalloz, que concluye de este modo: «Jamás las sentencias dadas en pais extranjero podrán producir hipoteca en Francia sino despues de haber sido revisadas por los tribunales franceses; de otro modo, no seria verdad que los inmuebles solo están sometidos á la ley francesa (1).

235. No obstante la autoridad de Dalloz y de los demás autores respetables que de su opinion participan, debemos declarar que la consideramos como una consecuencia de ciertas ideas tradicionales del antiguo derecho francés, que no es ciertamente el derecho de la Francia moderna, y de las que se han emancipado por completo los autores y la jurisprudencia.

La célebre Ordenanza de 1629, conocida bajo el nombre de Código de *Michaud*, disponia. en su art. 21, que, «las sentencias dadas en reinos extranjeros, por cualquier causa que sea, no tendrán ninguna hipoteca ni ejecucion en nuestro reino; y no obstante, estas sentencias, aquellos de nuestros súbditos contra los que se hayan dado, podrán debatir nuevamente sus derechos ante nuestros empleados públicos.» Hé aquí el precedente por que ha querido explicarse el art. 2.123 del Código de Napoleon, para poder llegar á la conclusion de Dalloz, sin poner en duda la autoridad de la cosa juzgada.

En cuanto á nosotros, segun demostraremos despues, somos de parecer que el magistrado á quien se pide que declare ejecutoria una sentencia dada en el extranjero, debe examinarla atentamente, no en el interés privado de las partes, sino en interés público. No solo debe verificar su autenticidad y la fidelidad de su traduccion, sino tambien examinar si contiene algun principio contrario á las buenas costumbres, al órden público, ó á la soberanía del Estado; pero no debe erigirse en tribunal de apelacion ni entrar en los méritos

(1) *L. c.*

de la causa, examinando de nuevo los derechos de las partes y renovando ó reformando el juicio. Esto equivaldría á destruir la autoridad de la cosa juzgada, y perjudicaria los derechos adquiridos de las partes (1).

Cuando nada se opone á que una sentencia sea declarada ejecutoria, del mismo modo que los efectos jurídicos de la cosa juzgada y los derechos de las partes deben ser válidos, así tambien debe valer la hipoteca en favor de un acreedor (2). Entiéndase bien que no hablamos de la hipoteca como

---

(1) Dragoumis, *Condic. civ. de los ext. en Fran.*, p. 145; Demangeat, *Hist. de Codic. civ. de los ext. en Franc.*, p. 405.

(2) Me parece que Fiore confunde aquí dos cuestiones: la de la ejecucion de la sentencia dada en el extranjero, y la de la autoridad de la cosa juzgada por los tribunales extranjeros. Sobre la primera cuestion, existe la regla del artículo 2.123 del Códiga civil francés, segun la cual no puede resultar la hipoteca de los juicios fallados en país extranjero hasta haber sido declarados ejecutorios por un tribunal francés, sin perjuicio de las disposiciones contrarias que pueden existir en las leyes políticas ó en los tratados. Esta disposicion corresponde al artículo 1.973 del Código civil italiano, que dice que los fallos dados por las autoridades judiciales extranjeras no producen hipoteca sobre los bienes situados en el reino, sino cuando se ha ordenado la ejecucion por las autoridades judiciales del mismo, salvo las dis posiciones contrarias contenidas en los tratados internacionales.» En cuanto á la autoridad de la cosa juzgada, hay una gran controversia. Fœlix reconoce, con Merlin, que, en pura teoría, el poder de que están revestidos los jueces, en cuanto á la decision de las cuestiones que se les someten, y la autoridad atribuida á sus juicios, emanan del poder soberano, y así estos juicios no pueden, segun el principio de la independencia recíproca de las naciones, tener autoridad de cosa juzgada sino en el país en donde se han fallado. Reconoce tambien que las disposiciones de la ordenanza de 1629, no son más que la expresion de estas ideas; pero sostiene que los artículos 2.123 y 2.128 del Código civil francés y el artículo 546 del Código de procedimientos, no reproduciendo nada más que la primera parte del artículo 121 de la referida ordenanza, relativa á la ejecucion de los juicios ó sentencias del extranjero, han derogado virtualmente la segunda parte de dicho artículo, que les negaba la autoridad de cosa juzgada. Massé, Soloman y Demangeat sostienen que la autoridad de la sentencia en cuanto á la cosa juzgada, no perjudica en nada á la del soberano en cuyo territorio se ha dictado.

derecho real sobre la cosa de otro, y que las excepciones y las reglas que hemos establecido para las demás especies deben aplicarse tambien á la hipoteca judicial, para que tenga eficacia y fuerza ejecutoria.

---

Esta autoridad, dicen, es la del hecho, y aunque la sentencia no sea ejecutoria de pleno derecho sino en el territorio donde se ha dado, no deja de constituir un título en favor de la parte que la ha obtenido, en virtud del contrato judicial de que procede. El título de que la otra parte no puede pedir la revision que no podria hacerse si se tratase de un contrato ordinario, Aubri y Rau observan que esta argumentacion seria exacta y concluyente si el contrato judicial fuese un convenio enteramente libre; pero el carácter propio de este contrato es el de ser forzado. Ahora bien; como la obligacion de prestarse á la formacion del contrato judicial, bajo la pena de la falta, y de someterse á la decision consiguiente, se deriva del poder público de juzgar, de que están investidos los tribunales, los efectos de esta obligacion y de este contrato deben, como la autoridad pública del juez, espirar en los límites del territorio. Reconocer á los fallos pronunciados en el extranjero la autoridad de cosa juzgada, es, segun los sábios anotadores de Zacarías, extender el poder público de los tribunales más allá de los límites del territorio, é imponer á Francia una concesion que todo Estado es libre de otorgar ó negar á los otros. Por lo demás, reconocen que el interés bien entendido de las naciones debe conducirlas á hacerse recíprocamente tales concesiones, y unen sus votos á los de aquellos que desean ver que Francia modifica sus antiguas doctrinas para entrar en el camino que siguen los demás pueblos. (*Curso de Derecho civil francés*, edicion de 1856, t. I, p. 202 y siguientes).

(*N. de P. F.*)

# ÍNDICE

## DE LAS MATERIAS CONTENIDAS EN ESTE TOMO.



# PRELIMINARES.

### CAPÍTULO PRIMERO.—Objeto de la ciencia y su definicion.



### CAPÍTULO II.—Breve exposicion histórica acerca de la condicion de los extranjeros.

Páginas.

# LIBRO PRIMERO.
## DE LAS PERSONAS.

Páginas



CAPÍTULO IV.—De la ausencia.



CAPÍTULO V.—De la ley que debe regir el matrimonio contraido en país extranjero.



CAPÍTULO VI.—Condiciones de existencia y de validez del matrimonio contraido en país extranjero.

Páginas.

# BIBLIOTECA UNIVERSAL.

## SECCION JURÍDICA.

TOMO 3.

PRINCIPALES PUBLICACIONES

DE LA

# NUEVA BIBLIOTECA UNIVERSAL.

## SECCION HISTÓRICA.

Publicado:

1 al 9.—**Mommsem.**—HISTORIA DE ROMA, version castellana de A. García Moreno, con un prólogo y notas de D. F. Fernandez y Gonzalez; nueve tomos en 4.° 180 rs. en Madrid, 194 en provincias y 216 en América y extranjero.

10.—**Weber.**—HISTORIA COMTEMPÓRANEA (DE 1830 Á 1872), traducida al castellano, anotada y aumentada con una reseña histórica de los Estados de América, por A. García Moreno. Esta obra constará de cuatro tomos y forma el 10, 11, 12 y 13 de esta biblioteca. Se ha puesto á la venta el 1.°, siendo su precio el de 20 rs. Madrid, 22 en provincias y 24 en América y extranjero.

Se publicarán en breve los tomos restantes.

Tan pronto como terminemos ésta, continuaremos la *Historia de Roma* con la clásica obra de Merivale, *Historia de los Romanos bajo el Imperio*, que tanta celebridad ha valido á su autor.

Los señores suscritores á la *Seccion Jurídica* que deseen suscribirse á la *Seccion histórica* en esta segunda época, y adquirir lo publicado, se les pondrá al precio de suscricion ó sea á razon de 16 rs. en Madrid, 18 en provincias y 20 en América y extranjero cada tomo.

## SECCION JURÍDICA.

Obras publicadas:

1.—**Carrara.**—TEORÍA DE LA TENTATIVA Y DE LA COMPLICIDAD Ó DEL GRADO EN LA FUERZA FÍSICA DEL DELITO, version castellana con prólogo y notas de D. Vicente Romero Giron, un tomo en 4.° (tamaño, esta Biblioteca), 24 rs en España y 28 en el extranjero y América.

2 y 3.—**Fiore.**—DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, dos tomos, 48 reales en España y 56 en el extranjero y América.

Para los suscritores á esta seccion, el precio de cada tomo es el de 20 reales en España y 24 en el extranjero y América.

EN PRENSA.

**Savigny.** — ESTUDIOS FUNDAMENTALES DE DERECHO ROMANO, tomo 1.° y 2.°

SEGUIRÁN.

**Laveleye.**—DE LA PROPIEDAD Y SUS FORMAS PRIMITIVAS, con un prólogo de D. Manuel Alonso Martinez.

**Blunschtli.**—DOCTRINA GENERAL DEL ESTADO, con prólogo y notas de D. Gumersindo Azcárate.

**Gabba.**—TEORÍA DE LA LA RETROACTIVIDAD DE LAS LEYES, con prólogo y notas de D. Vicente Romero Giron.

NUEVA BIBLIOTECA UNIVERSAL.
SECCION JURÍDICA (TOMO 3).

# DERECHO
# INTERNACIONAL PRIVADO.

Ó

PRINCIPIOS PARA RESOLVER LOS CONFLICTOS ENTRE LAS DIVERSAS LEGISLACIONES EN MATERIA DE DERECHO CIVIL Y COMERCIAL, ETC.

POR

PASCUAL FIORE,

PROFESOR DE LA UNIVERSIDAD DE PISA.

VERSION CASTELLANA DE

A. GARCÍA MORENO,

aumentada con un apéndice del autor y con un prólogo de

D. CRISTINO MARTOS.

TOMO SEGUNDO.

MADRID.
F. GÓNGORA Y COMPAÑÍA, EDITORES.
Puerta del Sol, núm. 18.

1878.

Imprenta de José García, Costanilla de los Angeles núm. 3.

# LIBRO II.

## DERECHOS PATRIMONIALES.

(CONTINUACION.)

# ADVERTENCIA DE LOS EDITORES.

---

Como el lector habrá observado, en los primeros capítulos de la obra se comenzó á anotar con referencias á la legislacion española, cumpliendo de esta suerte los compromisos contraidos con el público al inaugurar la *Biblioteca Jurídica*. No se nos ocultó desde luego que este sistema era ocasionado á confusiones por la aglomeracion de notas de tres procedencias; las del autor, las que ha parecido indispensable conservar de la traduccion francesa de Mr. J. Foderé y las de esta version castellana. De otra parte, muchos suscritores y personas autorizadas recomiendan la necesidad de un trabajo más metódico y ordenado que el de las notas, y cediendo á tan atendibles consejos, hemos decidido preparar un tomo de apéndices, en el cual, además de tratarse las cuestiones más importantes que pueden referirse á la legislacion y jurisprudencia españolas, se insertará una coleccion de tratados á los cuales podrán referirse los lectores, para resolver, mediante los preceptos legales en vigor, los casos concretos.

Todavía vamos más alla en nuestro propósito de completar la obra del jurisconsulto italiano. Por lo pronto damos al final de este tomo 2.° el apéndice, que el autor escribió para la traduccion francesa con las oportunas referencias á los párrafos de la obra, y agregamos el estado de la jurisprudencia en Alemania, Inglaterra é Italia, en la importante materia de contratacion y quiebra, tomándolo de las excelentes monografías de Sachs, Westlake y Norsa.

# SECCION II.

## DERECHO Á LAS PRESTACIONES Ó DERECHOS PATRIMONIALES QUE SE DERIVAN DE UNA OBLIGACION.

En esta seccion, nos proponemos hablar de los derechos que tienen por objeto una prestacion, es decir, el cumplimiento de una obligacion. Estos derechos presuponen que una persona está obligada á realizar un hecho en beneficio nuestro, é implican una restriccion de su libertad en nuestro favor. Por más que el objeto inmediato del derecho no sea la persona obligada, sino el hecho que ésta debe realizar, sin embargo, como entre la prestacion y la obligacion hay la misma relacion que entre el efecto y la causa, puede decirse que el objeto del derecho es la obligacion, y, por consiguiente, los llaman algunos *derechos de las obligaciones, jus obligationum.*

Otros, considerando que estos derechos suponen una relacion entre dos personas, el acreedor y el deudor, y que solo pueden valer contra la persona obligada, los denominan derechos personales, para distinguirlos de los *derechos reales* que se ejercen sobre una cosa corporal, haciendo abstraccion de toda persona.

Las fuentes de donde pueden derivarse las obligaciones, están enumeradas en el Derecho romano de la manera siguiente: «*Obligationes aut ex contractu nascuntur, aut ex malefi-*

*cio, aut propio quodam jure ex variis causarum figuris* (1).» La última especie comprende las que nacen de un cuasi-contrato, de un cuasi-delito y de una disposicion de la ley (2).

Las que ofrecen más vasto círculo de controversia y merecen ser tratadas especialmente bajo la relacion de los conflictos entre las leyes á que pueden estar sometidas, son las obligaciones convencionales. Puede suceder, en efecto, que las dos personas obligadas, como acreedor y deudor, pertenezcan á países regidos por leyes diferentes, ya por que la ley bajo la cual se ha hecho perfecta la obligacion sea diferente de la del lugar indicado para el cumplimiento de esta obligacion, ó de la del lugar en que el acreedor quier eobligar al deudor á la prestacion, ya por que las formas exteriores, suficientes aquí para dar valor jurídico á un acto, sean insuficientes en otra parte y modifiquen el *vinculum juris*; ora, en fin, porque el objeto del contrato sea una cosa inmueble, y surja la cuestion de la influencia que podrá tener la *lex rei sitæ*, y otras cuestiones semejantes.

Muchas de las reglas que expondremos, se aplican tambien á las obligaciones que se derivan de otras fuentes que ya hemos enumerado, y que haremos notar en el curso de nuestra exposicion. Las obligaciones, en fin, que se derivan de la ley, deben depender siempre de aquella á que está sometida cada persona, teniendo en cuenta los principios desarrollados en el libro precedente.

---

(1) L. 1, Dig.; *De obligat. et act.*, (XLIV, 7).
(2) Instit., § 2, *De obligationibus*, (III, 13).

# CAPITULO PRIMERO.

## DE LAS OBLIGACIONES CONVENCIONALES.

**236. Naturaleza de la obligacion convencional.—237. La ley que rige la obligacion depende de la libre sumision de las partes.—238. Límites en que puede valer esta regla.—239. Ley de que depende la validez de la obligacion.—240. Contratos hechos en un lugar y ejecutables en otro.—251. Doctrina de los autores basada en los textos del Derecho romano.—242. Nuestra opinion.—243. Confirmacion de nuestra doctrina por la autoridad de los jurisconsultos.—244. Diferencia entre nuestra teoría, la de Savigny y la de Story.—245. Opinion de Rocco.—246. Dificultades que pueden surgir para determinar en qué lugar es perfecta la obligacion.—247. Contratos hechos por cartas.—248. Idem, id., por medio de comisionados.—249. Contratos hechos en un lugar y ratificados en otro.—250. Contratos condicionales.—251. Principios para determinar el lugar de la ejecucion.—252. Reglas generales.**

236. La obligacion convencional procede del acuerdo de dos ó más personas que determinan, por una manifestacion de voluntad comun, sus relaciones jurídicas.

Para que un convenio produzca obligaciones, son necesarias ciertas condiciones, llamadas *esenciales* cuando la obligacion no puede considerarse como existente sin su concurso, y *necesarias* cuando, por su falta, no puede la obligacion, aunque existente, ser atacada como nula.

Dejando á los civilistas el cuidado de distinguirlas, limítase nuestra tarea á determinar la ley que debe regirlas; para

esto, hay necesidad de investigar, ante todo, cuál es la ley por que debe regirse la obligacion.

Siendo la obligacion un lazo jurídico invisible é incorporal, no podemos aplicar los mismos principios expuestos anteriormente para determinar la ley que rige el estado personal y los derechos reales. La relacion inmediata de éstos con la ley de que dependen, puede establecerse de una manera inequívoca por el hecho de la nacionalidad y de la situacion de la cosa; mientras que la obligacion no puede estar localizada en el espacio, depende de actos fugitivos de voluntad, y, para subordinarla á una ú otra ley, es necesario fundarse en la libre sumision de las partes.

Toda obligacion pone, en efecto, en relacion á dos personas, una como acreedora y otra como deudora, una que extiende, y otra que limita su libertad natural. Este lazo se pone por obra por una manifestacion de voluntad comun, y tiene un valor jurídico en virtud de la ley á que se sujetan las partes al comprometerse. Por esto adquiere el acreedor la certeza de que el deudor cumplirá su obligacion.

237. Como regla general, puede decirse que todo debe depender de la ley á que al obligarse se someten las partes; y si esto resultase siempre de una declaracion formal ó de las circunstancias, de modo que excluyera toda hipótesis contraria, se habria salvado la dificultad; pero, en muchos casos, la sumision de las partes no es más que presumida, y las circunstancias en que la obligacion ha nacido no excluyen una proposicion contraria. Es, pues, indispensable analizar la obligacion y los efectos que de ella se derivan para determinar, en los casos particulares, si debe darse la preferencia á la ley del deudor ó á la del acreedor; á la del lugar de la estipulacion ó á la del indicado para la ejecucion del contrato.

238. Comenzaremos por notar que la libre sumision de las partes puede valer en ciertos límites. Para todo aquello que dependa de su libre albedrío, pueden los contratantes referirse á una ú otra ley, pero no pueden someterse á una ley extranjera para sustraerse á la que rige su estado personal ó para derogar las leyes á que está sometida la cosa objeto del contrato. Por consiguiente, la capacidad de las personas y la posibilidad física y jurídica de la ejecucion dependen de la ley personal ó de la del lugar en donde debe realizarse el hecho.

Muhlembruch, al exponer las excepciones á la facultad de

obligarse en territorio extranjero, dice: «*Ne aliquid in aliena civitate fiat contra civitatis mores, leges, institutiones ejusmodi, quœ adinmutanda prorsusnihil valet privatorum arbitrium* (1).» Una mujer inglesa no puede referirse á nuestra ley para hacer en Italia una donacion válida, siendo incapaz segun su propia ley, como, por el contrario, dos italianos que contraen matrimonio en Francia no pueden someterse al régimen de la comunidad perfecta, refiriéndose á la ley del lugar en donde han estipulado el contrato nupcial. De todo lo cual concluimos que es necesario tener en cuenta los principios desarrollados en los capítulos precedentes para fijar los límites en que puede ser válida la libre sumision de las partes.

239. Para todo lo que puede depender del libre albedrío de los contratantes, puede presumirse, en general, que se someten á la ley del lugar en donde es perfecta la obligacion. En efecto, cuando nada queda que hacer, para que la obligacion tenga un valor jurídico, y no se ha declarado expresamente que se queria preferir la ley del deudor ó la del acreedor, debe presumirse razonablemente que las partes se han referido á la ley del lugar en que se han obligado. Luego las condiciones necesarias para la validez y las esenciales para la existencia de la obligacion deben ser apreciadas con arreglo á esta ley.

Si el deudor y el acreedor son ciudadanos de la misma patria ó están domiciliados en el mismo país, debe presumirse con más razon que se han referido á la ley de su patria ó de su domicilio, conocida de ambos, más bien que á la del lugar de la estipulacion, que podia ser ignorada de ellos. «*Si inter duos*, dice Hercio (2) *celebratur, verbi gratia, pactum, et uterque paciscens sit externus et unius civitatis civis, duvitandum non est actum a talibus secundum leges patrie factum in patria valere* (3).»

240. Relativamente á los contratos, puede suceder que el

---

(1) Doctrina Pandectarum, § 73.

(2) Hercio, *De Colisione legum*, núm. 10.

(3) Este principio ha sido consagrado por el Código civil italiano, art. 9, disposicion preliminar; Código prusiano, introduccion general, § 35; Código austriaco, § 4; véase Massé, *Derecho comun*, núm. 571; Fœlix, *Derecho internacional privado*, núms. 83, 96 y 101; Voet, *De Stat.*, núm. 15; Ley alemana *Sobre la letra de cambio*, núm. 85.

lugar en donde se ha realizado el convenio, sea diferente de aquel en donde debe cumplirse, y puede surgir la duda de si se preferirá una ú otra ley como derecho local de obligacion. Algunos autores, considerando que la ejecucion pertenece á la esencia de la obligacion, dicen que debe determinarse la competencia de los tribunales para juzgar de aquella, y la ley que debe regir su sustancia, segun el lugar destinado á su cumplimiento. Otros creen, por el contrario, que la ley del lugar de la ejecucion no ejerce influencia alguna en la obligacion, y que, para todo lo que puede depender de la libre voluntad de las partes, se debe tener en cuenta únicamente la ley del lugar en donde se ha estipulado el acto, porque es verosímil que allí es donde las partes se informarian relativamente al valor jurídico del acto y á la ley á que se refrieran. Por consiguiente, la ley del lugar de la ejecucion es la que, segun ellos, deberia aplicarse para todo lo que pueda tener por efecto hacer jurídicamente eficaz la obligacion, y para lo que concierne á los medios y formas, por las que un acreedor puede obligar al deudor á cumplirla (1).

241. Los textos del Derecho romano que invocan en apoyo de su doctrina son los siguientes, interpretados de diferente modo por unos y por otros: «*Contraxisse unusquisque in eo loco intelligitur, in quo ut solveret se obligavit* (2). *Venire bona ibi oportet ubi quisque defendi debet, id est, ubi domicilium habet aut ubi quisque contraxerit. Contractem autem non utique eo loco inteligitur quo negotium gestum sit sed quo solvenda est pecunia* (3). *Si fundus venierit ex consuetudine ejus regionis in qua negotium gestum est pro evictione caveri oportet* (4). *Unius cuyusque enim contractus initium espectandum est et causam* (5).»

Dicen los unos que los dos primeros textos no sólo deben

---

(1) Véase Savigny, l. c., § 372; Voet, sec. 9, c. 2, § 12 y 15; Muhlembruch, l. c., § 73; Story, 280 y sig.; Boullenois, *Obs. cit.*, 46; Rodemburg, *Divers. Stat.*, tít. 4, parte 2.ª; Burgó, *Coment.*, parte 2.ª, c. 9; Dumoulin, *Coment. ad Cod.*, ley I, tít. 1, *Conclus. de Stat.*

(2) L. 21. *Dig.*, *De obligat. et act.*, 44, 7.

(3) L. 1, 2 y 3. *Dig.*, *De reg. auct. judic.*, 43, 5.

(4) L. 6. *De evic.*, *Dig.*, XXI, 2.

(5) L. 8. *Mandati*, *Dig.*, XVII, 1.

aplicarse para determinar la jurisdiccion, sino tambien el lugar de la obligacion y el derecho local por donde debe regirse. Los otros, por el contrario, son de parecer que los dos primeros sirven para determinar la jurisdiccion, pero que, en cuanto á la ley á que la obligacion se halla por sí misma sometida, debe tenerse en cuenta el lugar en que se ha verificado el contrato, *in quo negotium gestum est.*

242. En nuestra opinion, ni una ni otra de las expresadas puede admitirse exclusivamente. En efecto, la obligacion es un lazo jurídico entre dos ó más personas determinadas, en virtud del cual puede la una obligar á la otra á dar, hacer ó prestar alguna cosa. «*Obligatio est juris vinculum inter debitorem et creditorem, quo vel ad damdum vel ad faciendum vel ad præstandum alteri obstringitur* (1).»

Cada obligacion, supone, pues:

*A*. Un lazo jurídico que liga necesariamente al deudor con el acreedor, y del que se deriva el derecho que éste tiene para exigir que aquél dé, haga ó preste; y el deber jurídico correspondiente al deudor, de dar, hacer ó prestar.

*B*. Un hecho reductible á valor pecuniario, que es le objeto del lazo jurídico.

En las obligaciones que nacen de un contrato, el *vinculum juris* que liga al deudor y al acreedor (2), se establece por el concurso del consentimiento recíproco: *Duorum pluriumve in idem placitum consensus.* Ahora bien, la ley del lugar en donde se realizó el concurso del consentimiento de dos ó más personas con el fin de constituir, arreglar ó resolver una relacion jurídica entre las mismas, es la que debe regir la obligacion.

Es necesario distinguir bien del *vinculum juris* el *onus conventionis* y las consecuencias jurídicas que á ellos se refieren. El no tener en cuenta esta distincion, ha inducido á error á muchos jurisconsultos, que han establecido como regla que, cuando la obligacion deba ejecutarse en otra parte, se regirá por la ley del lugar fijado para su cumpli-

---

(1) Muhlembruch, l. c., § 323; l. 3. *Dig.*, *De obligationibus*, XLIV, 7.

(2) Los antiguos romanos, en lugar de la palabra *obligatio*, introducida en la época clásica, empleaban la de *nexus* ó *nexum*, derivada de *nectere*, enlazar.

miento. Sin embargo, esto no puede afirmarse en la precision del lenguaje jurídico. Es verdad que la palabra obligacion se emplea en muchos sentidos áun en los textos romanos, y entre otros, para designar el hecho que sirve de base al lazo jurídico (1); sin embargo, es indispensable distinguir ambas cosas, y para esto debe establecerse, como segundo principio fundamental, que la ley del lugar en donde debe cumplirse la obligacion, si este es diferente de aquel en que fué contraida, es la que debe regir la forma de su cumplimiento. Luego de los textos del Derecho romano ya citados, los dos primeros pueden aplicarse al *onus conventionis*, y los otros dos al *vinculum juris*.

243. Esta opinion, que es la nuestra y que está conforme con la de Fœlix, Pardessus, Demangeat, Zacarías, Rocco y Demolombe (2), está fundada en la doctrina de los jurisconsultos antiguos.

Mevio se expresa respecto de esta cuestion en los siguientes términos: «*Forenses servare teneri statuta et consuetudines loci hubi aliquid agunt et contrahunt ad validitatem actus, et contractus: statutum enim actus seu contractus semper atenditur qui disponentes vel contrahentes se obligare et conformare voluisse censetur* (3).»

Y poco despues añade: «*Cave autem in hac materia, confundas actuum solemnia nec non et efectus ab ipsis causatos cum eorum onere et accidenti extrinseco, quod contractus subsequitur sed non ex ipsis contractibus est. Id dum mutti non discernunt forenses maxime ledunt et gravantur* (4).»

La autoridad de Paulo Voet es tambien aquí muy oportuna, cuyo autor se expresa en estos términos: «*Quod si de ipso contractu quœratur, seu de natura ipsius, seu de is quœ ex natura contractus veniunt, puta fidejusione* etc., *etiam espectandum est loci statutum ubi contractus celebratur quod*

(1) L. 19. *Dig.*, *De verborum significatione*, l. 16; L. 1., § 3; *Dig.*, *De pactis*, II, 14.

(2) Fœlix, l. c., núm. 98; Pardessus, *Derecho comun.*, núm. 1.495; Demangeat, *Cond. de los extranjeros*, p. 354; Zacarías, l. c., núm. 98; Rocco, p. 3.ª, c. 7; Demolombe, t. I, núm. 105.

(3) Mævius, *Ad jus lub.*, *cuest. prel.*, 4, núms. 11, 13 y 14, p. 22.

(4) Idem id., núm. 18.

*ei contrahentes semet acordare prœsumantur* (1);» y despues añade: «*Hinc ratione efectus et complementi ipsius contractus spectatur ille locus in quem destinata es solutio, id quod ad modum, mensuram, usuras* etc., *negligentiam, moram post contractum initium accedentem referendum est* (2).»

Y Burgundius: «...*Qui in aliena provincia paciscitur non credendus est esse consuetudinis ignarus; sed id quod palam verbis non esprimit, ad interpretationem legum se referre, atque idem velle et intendere quod lex ipsa velit* (3).» El mismo autor, hablando de los contratos hechos en un lugar y que deben ser ejecutados en otro, concluye de este modo: «*Igitur ut paucis absolvam, quoties de vinculo obligationis, vel de ejus interpretacione quœritur, veluti quod et in quantum obliget, quid sentenciœ stipulationis inesse quid abesse credi oporteat; item in omnibus atcionibus ambiguitatibus, quœ inde oriuntur primum quidem id sequemur quod actum est, et si non apareat quod actum est erit consequens ut id sequamur, quod in regione qua actum est frequentatur* (4).» Y despues añade: «*Ea vero quœ ad complementum vel executionen contractus spectant vel absolute eos super veniunt solere á statuto loci dirigi in quo peragenda est solutio* (5).»

244. Apoyados en la autoridad de los escritores citados y en las razones antes expuestas, no aceptamos la opinion de los que, sin distinguir, admiten como regla general que, cuando el lugar de la ejecucion sea diferente del de la estipulacion del contrato, deberia depender todo de la ley del indicado país para el cumplimiento de la obligacion. Tal es el parecer de Story, el cual dice que, cuando el contrato deba ejecutarse en otro lugar, por voluntad expresa ó tácita de las partes, se debe admitir, segun la voluntad presunta de los contratantes, que el contrato debe depender,—en cuanto á su validez, en cuanto á la capacidad para obligarse y en cuanto

---

(1) Voet, *De Stat.*, § 9, c. 2, § 10.

(2) Idem id.; véase Emerigon, *Tratado de las segur.*; Casaregi, *Discursus legalis*, § 179.

(3) Burgundius, *Trac.* 4, núm. 8, p. 105.

(4) Idem id., núm. 7.

(5) Idem, id., núms. 10 y 29

á la interpretacion de la ley,—del lugar en donde la obligacion ha de cumplirse. Tal es tambien la opinion de Savigny, que, para determinar la ley que rige la obligacion, aplica los mismos principios que para fijar la jurisdiccion, y admite, como primera regla, que, cuando hay un lugar fijo para cumplir la obligacion, con arreglo á él es como debe determinarse el derecho local al que la obligacion está sujeta (1).

Esta doctrina es sostenida entre otros por Dumoulin (2). Pero sin detenernos en una cuestion de interpretacion, y despues de atentas investigaciones, nos hemos convencido de que todo lo dicho relativamente á la influencia que puede ejercer sobre el contrato la ley del lugar en donde ha de ejecutarse la obligacion, debe entenderse con la distincion hecha anteriormente y no como la entienden Story y los que han seguido su doctrina. En nuestro sentir, está fuera de toda duda que las condiciones esenciales para la existencia y necesarias para la validez de las obligaciones, deben depender de la ley del lugar en donde han contratado las partes.

245. De esta opinion participa tambien Rocco: «Aun cuando el contrato hecho en el reino, dice este escritor, debiera efectuarse en territorio extranjero, y hubiera alguna diferencia relativamente á las condiciones exigidas y de las cuales resulta la validez intrínseca y sustancial de los contratos, debe ser siempre nuestra ley la que decida. Si en el reino se hace un contrato de compra ó de venta de mercancías que se hallan en Suiza, y hay diferencia entre ámbos Estados respecto á la causa de la obligacion y á las causas que pueden viciar el consentimiento relativamente á la prueba y á la confirmacion auténtica de una voluntad libremente manifestada, el contrato, válido segun nuestras leyes, lo será tambien en Suiza, y el vendedor estará obligado á consignar las mercancías, aunque el contrato no hubiera tenido efecto si por casualidad se hubiese hecho en Suiza. La razon de ello es porque, en el lugar en donde se ha ultimado el acto, se pre-

---

(1) Story, *Conflict of law*, § 280; Savigny, *Tratado de Derecho romano*, t. VIII, § 372.

(2) Dumoulin, *Comment. ad Cod.*, lib I, tít. I; *Conclus. de Stat.*, t. III, página 554.

sume que las partes han tomado todos los informes necesarios para conocer la naturaleza y la extension de la obligacion recíproca (1).» Insistiendo, pues, en el ejemplo referido, todo lo que concierne á la manera de cumplir la obligacion, deberá regirse por la ley suiza, y por consiguiente, la entrega de la cosa, el pago, el envío y las consecuencias que de aquí se derivan en cuanto á los riesgos y peligros de la cosa y á los intereses. Así como la letra de cambio, extendida en Italia y pagadera en país extranjero, debe pagarse con arreglo á la ley del lugar, del mismo modo debe determinarse el plazo en que el portador debe pedir la aceptacion, los dias de gracia si los hay, y el carácter de dicho plazo, segun que son en favor del deudor ó del acreedor, y todo lo que se refiere á la manera de dar, de hacer ó de prestar aquello á que el deudor está obligado. A esta cuestion y á otras análogas debe aplicarse el texto del derecho romano: *contraxise unusquisque eo loco intelligitur quo utsolveret se obligavit.* Pero, respecto de la obligacion del comprador, sea italiano ó extranjero residente en Italia, de la solidaridad y de las condiciones necesarias para la validez del contrato de cambio, debe aplicarse nuestra ley y no la del país extranjero en que debe pagarse la letra de cambio (2). Para estas cuestiones y otras análogas, debe, por el contrario, aplicarse este otro texto: *uniuscujusque enim contractus initium spectandum est causa.*

246. Serian suficientes las reglas establecidas, si en todos los casos pudiera determinarse con certeza el lugar en que se ha verificado la obligacion, y el indicado para su cumplimiento. Puede suceder á veces que, para la exacta determinacion del uno ó del otro, surjan dificultades que es necesario resolver. Las dudas más importantes en la determinacion del lugar en que se ha realizado la obligacion, pueden surgir en el caso en que el contrato se ha hecho por carta, por intermediarios, por documentos firmados en diversos lugares ó hechos en uno y ratificados en otro.

247. Existe una gran controversia entre los jurisconsultos acerca del momento en que debe considerarse perfecto un contrato verificado por cartas entre personas que se hallan

(1) Rocco, parte 3.ª, cap. 7.

(2) Véase el capítulo IX siguiente.

distantes una de otra. Algunos autores, entre los cuales se encuentra Grocio, opinan que estos contratos deben considerarse exentos de toda jurisdiccion y regidos por el derecho natural (1). Pero, como observa oportunamente Savigny, es una lástima que estos escritores se hayan olvidado de indicarnos el tratado de derecho natural cuya aplicacion exigen. Savigny opina, por el contrario, que el contrato por correspondencia debe considerarse hecho en el lugar en que ha sido recibida y aceptada la oferta (2). Tal es, tambien, la opinion de Struvio, del cardenal Lucca, de Casaregi, de Zacarías y otros respetables escritores (3). Casaregi pone el ejemplo de un negociante de Génova que escribe á su corresponsal de Venecia para ofrecerle mercancías, y estima que, si la oferta es aceptada, debe considerarse el contrato como hecho en Venecia, que es donde se han unido el consentimiento del comprador y el del vendedor como si éste se hallase presente allí: *quia fingitur medio litterarum essc beneciis presens, ibique venditionem mercium cum veneto concludere.*

Zacarías llega á la misma conclusion. «Todo contrato, dice éste, exige esencialmente el concurso de dos ó más declaraciones de voluntad, las cuales se manifiestan de un lado con la oferta y del otro con la aceptacion. No es necesario que esta última venga inmediatamente despues de la oferta, sino que puede trascurrir un intervalo de tiempo más ó ménos considerable; pero, una vez verificada la aceptacion, no queda ultimado el contrato cuando ésta ha llegado á conocimiento del que ha hecho la oferta, sino desde el momento en que ésta ha sido aceptada (4).»

Por el contrario, Muhlembruch, Merlin, Toullier, Troplong, Rocco y otros, han manifestado la opinion opuesta, y se fundan en la consideracion que la aceptacion es como un *propositum in mente retentum*, hasta que el autor de la ofer-

---

(1) Grotius, *De jure belli*, l. 2., c. XI, § 5 núm 3: Hert., *De commeatu literarum*, § 16 á 19.

(2) Savigny, l. c., t. VIII, p. 254; Struvius, *Exerc. ad Pand.*, número 11.

(3) Lucca, *De crédito discur.*, 51, núm. 6; Casaregi, *Discursus legales de com.*, dis. 179, núm. 1.

(4) Zacarías, *Derecho civil*, § 343; Aubry y Rau, nota 3.

ta tenga de ella conocimiento. «*Nec si per literas alteri ab altero conditiones propositæ sunt, ante est perfecta conventio, quam aceptacio facta in notitiam pervenit ejusque obtulit conditionem* (1).» Tal es, tambien, nuestro parecer.

Merlin, Troplong y Toullier observan que, el que hace la oferta puede retirarla, hasta no haberle llegado la carta de aceptacion; que no puede haber un lazo jurídico obligatorio sin el concurso de dos voluntades, y que tampoco puede suponerse este concurso, si no es conocida del proponente la del aceptante.

Zacarías admite que las ofertas pueden retirarse antes de aceptadas; pero es necesario observar que la aceptacion puramente intencional ó manifestada, dejando al que la ha hecho la facultad de deshacer todos sus indicios ó de revocarla, no es suficiente para la perfeccion del contrato. Así como el que hace la oferta puede retirarla antes de haber sido aceptada, de la misma manera puede el aceptante retirar su aceptacion antes que llegue al que ha hecho la proposicion. Admitimos que el aceptante pueda, en ciertos casos, estar obligado al resarcimiento de los daños *ex capite doli* si revocase maliciosamente el consentimiento ya dado; pero el simultáneo concurso de las dos voluntades, no se verifica sino cuando la aceptacion ha llegado al que hace la oferta, y allí debe, por tanto, considerarse ultimado el contrato.

248. Respecto de los contratos hechos por intermediarios, puede establecerse como principio: que todo lo que una persona hace por medio de un corresponsal debidamente autorizado vale como si lo hiciese por sí mismo en el lugar en que el corresponsal reside. Creemos oportuno notar aquí que, cuando el mandato ó la comision se ha dado por carta, el contrato entre el mandante y el mandatario es perfecto desde el momento en que éste acepta el mandato y lo ejecuta, sin que sea necesario que sea conocida la aceptacion por el comitente que ha hecho la proposicion (2). El principio expuesto en

---

(1) Muhlembruch, *Doctrina Pandectarum*, § 331; Merlin, l. c., *verbo Venta*, § 1, art. 3, núm. 11; Toullier, VI, 29; Toplong, *De la venta*, t. I, número 22; Rocco, parte tercera, c. 16.

(2) Delamarre, *Del contrato de comision*, t. I, núm. 97; Casaregi, *Disc.* 179, núm. 2.

el número anterior es tambien válido para los contratos sinalagmáticos perfectos, mientras que, en el mandato puede presumirse con certeza que el mandante persiste en su voluntad, siempre que no manifieste una intencion contraria, y que el mandatario, ejecutando de hecho el mandato, consiente en él indudablemente.

Esta distincion es muy importante para destruir los argumentos de los que han confundido el mandato por carta con los contratos conmutativos, que pueden concluirse en esta misma forma. En el mandato, una vez manifestada la voluntad del proponente, queda éste obligado en cuanto aquella sea conocida del mandatario, y debe considerarse como voluntad actual del proponente mientras no la haya formalmente revocado, es decir, hasta que haya llegado á conocimiento del mandatario el cambio de voluntad del mandante. Esta doctrina está basada en la autoridad del Derecho romano: «*si mandassem tibi ut fundum emeres, postea scripsissem non emeres, tu ante quam scias me vetuisse, emisses, mandati tibi obligatus ero* (1).» La razon de la notable diferencia entre una venta hecha por carta y un mandato dado en la misma forma, es porque, en la primera, ambos contratantes se obligan hacer una cosa distinta, y su obligaçion es para ambos principal y recíproca, y no puede establecerse sin el acuerdo de las dos voluntades, mientras que, en el mandato, la obligacion principal es única y en el solo interés del mandante; por esto és por lo que éste puede revocar su mandato cuando le parezca, y el mandatario puede tambien renunciar á él con la notificacion formal respectiva, ora de la revocacion, ora de la renuncia. De los principios expuestos anteriormente, se deduce que el contrato de mandato debe regirse por la ley del país donde reside el mandatario, porque allí es donde se hace perfecta la obligacion. «*Mandati contractus*, dice Casaregi, *dicitur initus in loco in quo designatur litteræ misivæ alicujus mercatoris, si alter ad quem diriguntur eas recepit et aceptat mandatum* (2). Y puesto que el mandatario representa completamente al mandante en los actos hechos por él en el punto en que se halla por cuenta del mandante, se conside-

---

(1) L. 15 *Dig*, *Mandati*, XVII, 1, l. 26, c. 34, § 1.° eodem.

(2) Casaregi, *Disc.* 179, núm. 2.

ran como hechos por éste, y son, por consiguiente, regidos por la ley del mandatario. Observa con razon Casaregi que, cuando un comerciante ordena á su corresponsal comprar por su cuenta una cantidad ó partida de mercancías y que se la remita, y cuando el corresponsal compra la mercancía es necesario distinguir en este hecho dos contratos, uno de mandato y otro de venta, y ambos se cumplen en el lugar donde reside el mandatario, porque es donde el consentimiento de éste se unió al del mandante y al del vendedor (1). Esta teoría ha sido formalmente consagrada por el Tribunal Supremo de la Luisiana y por la Cámara de los Lores de Inglaterra. El lord canciller de este tribunal se expresa en estos términos: «Si yo, que resido en Inglaterra, encargo á mi corresponsal en Escocia que haga un contrato por mi cuenta, es lo mismo que si yo en persona lo realizase (2).»

Es verdad que, cuando un comisionista en ejecucion del mandato compra la mercancía por cuenta del comitente, pasa aquella á la posesion de éste desde el momento que se consigna al comisionista que le representa. Puede suceder, sin embargo, que éste tenga por sí mismo la mercancía pedida, y que en lugar de comprarla á un tercero, mande la suya, de modo que es al mismo tiempo comisionista y vendedor. En esta hipótesis, puede surgir la duda de si la venta es perfecta y la mercancía pasa á la posesion del comprador desde el momento en que ha sido expedida, ó si es necesario que llegue á manos del comitente ó que le sea consignada. Casaregi, que es el que propone esta cuestion, cree que desde el momento en que la mercancía es expedida por el comisionista, pasa á poder del comitente, y hé aquí sus razones: «*Nam si mercator transmitens merces ex ordine sui corresponsalis duplicem induit personam, unam nempe venditoris, alteram procuratoris sui corresponsalis emptoris, cujus vice et nomine a se ipso recipit mercium traditionem, mensurationem et ponderationem vel numerationem convento pretio, quod in libris et in litteris reciproce intervenientibus adnotatur, ex quo certe sequitur quod data deinde decoctione mercato-*

---

(1) Casaregi, *Disc.* 179, núm. 10.

(2) Story *Conflict of law*, § 285; Burge, *Comment. ad col law*, parte segunda, cap. 20.

miento. Sin embargo, esto no puede afirmarse en la precision del lenguaje jurídico. Es verdad que la palabra obligacion se emplea en muchos sentidos áun en los textos romanos, y entre otros, para designar el hecho que sirve de base al lazo jurídico (1); sin embargo, es indispensable distinguir ambas cosas, y para esto debe establecerse, como segundo principio fundamental, que la ley del lugar en donde debe cumplirse la obligacion, si este es diferente de aquel en que fué contraida, es la que debe regir la forma de su cumplimiento. Luego de los textos del Derecho romano ya citados, los dos primeros pueden aplicarse al *onus conventionis*, y los otros dos al *vinculum juris*.

243. Esta opinion, que es la nuestra y que está conforme con la de Fœlix, Pardessus, Demangeat, Zacarías, Rocco y Demolombe (2), está fundada en la doctrina de los jurisconsultos antiguos.

Mevio se expresa respecto de esta cuestion en los siguientes términos: «*Forenses servare teneri statuta et consuetudines loci hubi aliquid agunt et contrahunt ad validitatem actus, et contractus: statutum enim actus seu contractus semper atenditur qui disponentes vel contrahentes se obligare et conformare voluisse censetur* (3).»

Y poco despues añade: «*Cave autem in hac materia, confundas actuum solemnia nec non et efectus ab ipsis causatos cum eorum onere et accidenti extrinseco, quod contractus subsequitur sed non ex ipsis contractibus est. Id dum mutti non discernunt forenses maxime ledunt et gravantur* (4).»

La autoridad de Paulo Voet es tambien aquí muy oportuna, cuyo autor se expresa en estos términos: «*Quod si de ipso contractu quœratur, seu de natura ipsius, seu de is quœ ex natura contractus veniunt, puta fidejusione* etc., *etiam espectandum est loci statutum ubi contractus celebratur quod*

---

(1) L. 19. *Dig.*, *De verborum significatione*, l. 16; L. 1., § 3; *Dig.*, *De pactis*, II, 14.

(2) Fœlix, l. c., núm. 98; Pardessus, *Derecho comun.*, núm. 1.495; Demangeat, *Cond. de los extranjeros*, p. 354; Zacarías, l. c., núm. 98; Rocco, p. 3.ª, c. 7; Demolombe, t. I, núm. 105.

(3) Mævius, *Ad jus lub.*, *cuest. prel.*, 4, núms. 11, 13 y 14, p. 22.

(4) Idem id., núm. 18.

*ei contrahentes semet acordare præsumantur* (1);» y despues añade: «*Hinc ratione efectus et complementi ipsius contractus spectatur ille locus in quem destinata es solutio, id quod ad modum, mensuram, usuras* etc., *negligentiam, moram post contractum initium accedentem referendum est* (2).»

Y Burgundius: «...*Qui in aliena provincia paciscitur non credendus est esse consuetudinis ignarus; sed id quod palam verbis non esprimit, ad interpretationem legum se referre, atque idem velle et intendere quod lex ipsa velit* (3).» El mismo autor, hablando de los contratos hechos en un lugar y que deben ser ejecutados en otro, concluye de este modo: «*Igitur ut paucis absolvam, quoties de vinculo obligationis, vel de ejus interpretacione quæritur, veluti quod et in quantum obliget, quid sentenciæ stipulationis inesse quid abesse credi oporteat; item in omnibus atcionibus ambiguitatibus, quæ inde oriuntur primum quidem id sequemur quod actum est, et si non apareat quod actum est erit consequens ut id sequamur, quod in regione qua actum est frequentatur* (4).» Y despues añade: «*Ea vero quæ ad complementum vel executionen contractus spectant vel absolute eos super veniunt solere á statuto loci dirigi in quo peragenda est solutio* (5).»

244. Apoyados en la autoridad de los escritores citados y en las razones antes expuestas, no aceptamos la opinion de los que, sin distinguir, admiten como regla general que, cuando el lugar de la ejecucion sea diferente del de la estipulacion del contrato, deberia depender todo de la ley del indicado país para el cumplimiento de la obligacion. Tal es el parecer de Story, el cual dice que, cuando el contrato deba ejecutarse en otro lugar, por voluntad expresa ó tácita de las partes, se debe admitir, segun la voluntad presunta de los contratantes, que el contrato debe depender,—en cuanto á su validez, en cuanto á la capacidad para obligarse y en cuanto

---

(1) Voet, *De Stat.*, § 9, c. 2, § 10.

(2) Idem id.; véase Emerigon, *Tratado de las segur.*; Casaregi, *Discursus legalis*, § 179.

(3) Burgundius, *Trac.* 4, núm. 8, p. 105.

(4) Idem id., núm. 7.

(5) Idem, id., núms. 10 y 29

á la interpretacion de la ley,—del lugar en donde la obligacion ha de cumplirse. Tal es tambien la opinion de Savigny, que, para determinar la ley que rige la obligacion, aplica los mismos principios que para fijar la jurisdiccion, y admite, como primera regla, que, cuando hay un lugar fijo para cumplir la obligacion, con arreglo á él es como debe determinarse el derecho local al que la obligacion está sujeta (1).

Està doctrina es sostenida entre otros por Dumoulin (2). Pero sin detenernos en una cuestion de interpretacion, y despues de atentas investigaciones, nos hemos convencido de que todo lo dicho relativamente á la influencia que puede ejercer sobre el contrato la ley del lugar en donde ha de ejecutarse la obligacion, debe entenderse con la distincion hecha anteriormente y no como la entienden Story y los que han seguido su doctrina. En nuestro sentir, está fuera de toda duda que las condiciones esenciales para la existencia y necesarias para la validez de las obligaciones, deben depender de la ley del lugar en donde han contratado las partes.

245. De esta opinion participa tambien Rocco: «Aun cuando el contrato hecho en el reino, dice este escritor, debiera efectuarse en territorio extranjero, y hubiera alguna diferencia relativamente á las condiciones exigidas y de las cuales resulta la validez intrínseca y sustancial de los contratos, debe ser siempre nuestra ley la que decida. Si en el reino se hace un contrato de compra ó de venta de mercancías que se hallan en Suiza, y hay diferencia entre ámbos Estados respecto á la causa de la obligacion y á las causas que pueden viciar el consentimiento relativamente á la prueba y á la confirmacion auténtica de una voluntad libremente manifestada, el contrato, válido segun nuestras leyes, lo será tambien en Suiza, y el vendedor estará obligado á consignar las mercancías, aunque el contrato no hubiera tenido efecto si por casualidad se hubiese hecho en Suiza. La razon de ello es porque, en el lugar en donde se ha ultimado el acto, se pre-

---

(1) Story, *Conflict of law*, § 280; Savigny, *Tratado de Derecho romano*, t. VIII, § 372.

(2) Dumoulin, *Comment. ad Cod.*, lib I, tít. I; *Conclus. de Stat.*, t. III, página 554.

sume que las partes han tomado todos los informes necesarios para conocer la naturaleza y la extension de la obligacion recíproca (1).» Insistiendo, pues, en el ejemplo referido, todo lo que concierne á la manera de cumplir la obligacion, deberá regirse por la ley suiza, y por consiguiente, la entrega de la cosa, el pago, el envío y las consecuencias que de aquí se derivan en cuanto á los riesgos y peligros de la cosa y á los intereses. Así como la letra de cambio, extendida en Italia y pagadera en país extranjero, debe pagarse con arreglo á la ley del lugar, del mismo modo debe determinarse el plazo en que el portador debe pedir la aceptacion, los dias de gracia si los hay, y el carácter de dicho plazo, segun que son en favor del deudor ó del acreedor, y todo lo que se refiere á la manera de dar, de hacer ó de prestar aquello á que el deudor está obligado. A esta cuestion y á otras análogas debe aplicarse el texto del derecho romano: *contraxise unusquisque eo loco intelligitur quo utsolveret se obligavit.* Pero, respecto de la obligacion del comprador, sea italiano ó extranjero residente en Italia, de la solidaridad y de las condiciones necesarias para la validez del contrato de cambio, debe aplicarse nuestra ley y no la del país extranjero en que debe pagarse la letra de cambio (2). Para estas cuestiones y otras análogas, debe, por el contrario, aplicarse este otro texto: *uniuscujusque enim contractus initium spectandum est causa.*

246. Serian suficientes las reglas establecidas, si en todos los casos pudiera determinarse con certeza el lugar en que se ha verificado la obligacion, y el indicado para su cumplimiento. Puede suceder á veces que, para la exacta determinacion del uno ó del otro, surjan dificultades que es necesario resolver. Las dudas más importantes en la determinacion del lugar en que se ha realizado la obligacion, pueden surgir en el caso en que el contrato se ha hecho por carta, por intermediarios, por documentos firmados en diversos lugares o hechos en uno y ratificados en otro.

247. Existe una gran controversia entre los jurisconsultos acerca del momento en que debe considerarse perfecto un contrato verificado por cartas entre personas que se hallan

(1) Rocco, parte 3.ª, cap. 7.
(2) Véase el capítulo IX siguiente.

ley. Es, sin embargo, necesario observar que, á falta de voluntad expresa, puede determinarse segun la voluntad tácita ó segun las circunstancias, y que ordinariamente resulta del convenio mismo.

Hay algunas obligaciones cuyo cumplimiento está de tal modo determinado por la naturaleza misma del negocio, que excluye absolutamente toda duda. Tales son, por ejemplo, la locacion ó la venta de una casa ó de un prédio de tierra, los trabajos que deben ejecutarse en un inmueble determinado, ó la construccion ó reparacion de un edificio. Para otras, el lugar del cumplimiento se infiere de las circunstancias ó de la intencion de las partes, las cuales contaban con que la obligacion se ejecutaria en lugar de la estipulacion. Si un indivíduo residente en una ciudad contrae deudas para sus diarias necesidades, ó si un obrero ajusta á destajo trabajos de su oficio, ó un viajero vende una partida de mercancías, se presume que el cumplimiento de la obligacion debe realizarse en el lugar en que tuvo su orígen. Por el contrario, cuando el lugar del cumplimiento de la obligacion no es determinado expresamente, ni por la naturaleza del contrato ni por la intencion presunta de las partes, se tendrá en cuenta, para su ejecucion, el domicilio de la persona, si se trata de una obligacion personal; pero si de lo que se trata es de un *negotiorum gestio*, en cuya categoría comprendemos la tutela, la curatela, la gestion de asuntos de otro, en su conjunto (mandato general) ó limitada á un objeto determinado, ya en virtud de un contrato (mandato ó locacion de obra), sea por la sola voluntad del gerente *(negotiorum gestio)*, y otros casos análogos, debe tenerse en cuenta para la ejecucion la ley del lugar en donde se halla el asiento principal del gerente. Notemos aquí que, cuando el deudor traslada su domicilio á otro lugar antes de ejecutar la obligacion, valdrá siempre la ley del antiguo domicilio para todo lo que se refiera al cumplimiento de la obligacion misma.

252. Recapitulando todas las reglas establecidas por nosotros, podemos concluir:

1.° La ley del lugar en que la obligacion se hace perfecta es la que debe regir el *vinculum juris* que de ella se deriva, y todo lo que pertenezca á la sustancia y á la naturaleza del contrato.

2.° La ley del lugar destinado al cumplimiento debe regir

la ejecucion de la obligacion y todos los efectos jurídicos que de ella procedan.

3.° La obligacion que nace de un contrato se dirá perfecta desde el momento y en el lugar en que se verifique el *duorum pluriumve in idem placitum consensus.*

4.° El lugar de la ejecucion se determinará, ora con arreglo á la voluntad expresa de las partes, ora conforme á la naturaleza del contrato y á las circunstancias, y, á falta de todo esto, por el domicilio del deudor.

Estos principios están fundados en la libre sumision de las partes, de las que depende generalmente la preferencia de una ú otra ley (1).

---

(1) La regla para la determinacion de la *lex loci* aplicable, está basada en la intencion presunta de las partes contratantes. La influencia que se concede á la *lex loci contractus*, no tiene su orígen en una ciega deferencia á las leyes de un país extranjero, sino que está fundada en la presuncion legal de que las partes contratantes habian tenido en cuenta la ley del país en donde se verificó el contrato, y en su consecuencia tenian la intencion de someterse á ella, excepto cuando se trata de contratos relativos á inmuebles, cuando las partes se ajustasen á la ley de otro país, ó cuando la *lex loci* es injusta por sí misma ó contraria á las buenas costumbres. (Véase Robertson, *In Edmonstone,* 1.° de Junio de 1816; Ferguson, *Consisteri Reportes,* página 397).

(*N. de P. F.*)

# CAPÍTULO II.

## DE LA LEY QUE DEBE REGIR LA NATURALEZA Y LOS EFECTOS JURÍDICOS DE LA OBLIGACION.

**253. De la naturaleza de la obligacion.—254. De la solidaridad.—255. Del beneficio de la division entre los co-deudores.—256. Medios de que puede disponer el acreedor para obligar al deudor al cumplimiento de su obligacion.—257. De los efectos jurídicos que se derivan de la obligacion.—258. De los efectos inmediatos.—259. De los efectos que dependen del modo de la ejecucion.—260. De los efectos incidentales.—261. De los intereses.—262. De la tasa del interés.—263. De la tasa del cambio.—264. Del límite máximo del interés permitido.—265. De la deuda ó interés con hipoteca.—266. De los daños y perjuicios.—267. Del interés moratorio.—268. De las dificultades que pueden surgir para determinar el lugar en donde puede decirse que ha tenido lugar la demora.—269. De la cláusula penal.—270. Del arresto personal.**

253. Con arreglo á la ley del lugar en donde se contrae es como debe decidirse si la obligacion es civil ó natural, si es pura y simple ó condicional, si consiste en dar ó en hacer, y si es una obligacion *rei certæ* ó una obligacion *generis* (1).

254. En cuanto á la solidaridad de los deudores comprometidos, ya se derive inmediatamente de la ley, ya proceda de

(1) Véase Colmar, 25 de Abril de 1821 (Muller); Sirey, 31, 2, 264.

un convenio en donde se haya estipulado expresamente, debe ser regida por la ley del lugar en donde se ha realizado el contrato. La solidaridad constituye, en efecto, la fuerza de la obligacion y la seguridad del acreedor; debe, pues, depender de la ley bajo la cual se han obligado las partes (1). Si, por ejemplo, muchos mandantes extranjeros confieren un mandato á un italiano para un asunto comun, están obligados solidariamente con el mandatario para todos los efectos del mandato, con arreglo á la disposicion del art. 1.756 del Código civil italiano. La razon de esto es porque el contrato de mandato se hace perfecto en Italia tan pronto como el mandatario lo acepta y ejecuta (2), y la fuerza de la obligacion entre los mandantes extranjeros y el mandatario italiano debe regirse por nuestra ley, bajo la cual se han obligado las partes. Lo mismo debe decirse en la hipótesis de que muchos fideyusores extranjeros hubiesen dado caucion por el mismo deudor y por la misma deuda. Todos y cada uno estarian obligados por toda la deuda con arreglo á nuestra ley (art. 1.911). Por la misma razon, el extranjero que contrae matrimonio con una viuda italiana sin que halla obtenido préviamente del consejo de familia la autorizacion para administrar el patrimonio de los hijos del primer matrimonio, se hace responsable solidamente de la administracion ejercida en el pasado é indebidamente conservada.

Supongamos que el administrador de una sociedad en comandita simple, que tiene su residencia en Italia, da órden á su corresponsal de comprar mercancías en país extranjero y que no satisface el importe. Es indudable que el vendedor tendrá la accion *ex empto* contra la sociedad; pero puede surgir la dificultad de si esta accion y la obligacion solidaria de los asociados deben ser regidas por la ley del lugar en donde se ha verificado la venta, ó por la de aquel en donde la sociedad tiene su principal domicilio. El Código italiano y el francés (3) reconocen la sociedad formada entre uno ó muchos asociados responsables, sujetos solidariamente bajo un nom-

---

(1) Henry, *on foriing law*. 39.

(2) Véase el n. 261.

(3) Códig. comercial italiano, art. 118 y sig.; Código francés, artículos 23 al 37.

bre social, y de los asociados capitalistas sujetos sólo hasta donde alcance el capital que han aportado ó debian aportar á la sociedad. Otros Estados no reconocen esas sociedades que limitan la responsabilidad de algunos asociados, y los consideran, por el contrario, á todos como obligados solidariamente respecto de los terceros, con todas sus propiedades.

La ley inglesa, por ejemplo, es diferente de la nuestra, áun despues de las modificaciones introducidas en ella por la Cámara de los Comunes en 1855 y 1856 (1).

A primera vista, podria decirse que la ley del país en donde se ha realizado la venta es la que debe regir la accion del vendedor, y, si, segun esta ley, tiene el derecho de obrar contra todos los asociados que estén obligados solidariamente, sin distincion entre administradores y comanditarios, deberá el vendedor poder obrar con arreglo á la ley bajo la cual se haya ultimado la venta; pero no es esta, á nuestro parecer, la solucion más justa. En efecto, la capacidad de la sociedad para obligarse, y por consiguiente la responsabilidad de cada uno de los asociados respecto de un tercero, debe determinarse con arreglo á la ley, bajo la cual se haya constituido civil y jurídicamente la sociedad. Un Estado extranjero podrá ó no reconocer una sociedad, pero no puede sujetar al imperio de sus leyes la constitucion de la misma.

Cuando una sociedad es admitida á realizar operaciones comerciales, no puede comprometerse válidamente sino dentro de los límites de sus estatutos. Si se admitiese como principio que los socios podian quedar sujetos á las acciones, con arreglo á las leyes de la diversas plazas en que la sociedad puede hacer operaciones, se seguiria que podrian ser declarados solidarios aquellos que no lo serian con arreglo al acta social, y ningun asociado podria conocer la naturaleza de su obligacion y de su responsabilidad para con un tercero.

255. Puede tambien surgir una duda relativamente á la ley por la cual ha de decidirse si los deudores deben gozar del beneficio de division (2). Boullenois considera el beneficio de

---

(1) Véase Leon Levy, *International comercial law.*, seccion 14; Partnership, Liability, p. 76, (2.ª edic.)

(2) Segun nuestra ley, tiene lugar el beneficio de la division cuando varias personas garantizan á un mismo deudor y por la misma deu-

la division entre los codeudores como una excepcion personal contra la accion, y opina que debia ser regido por la ley del domicilio de la persona. Añade, sin embargo, que si la *lex loci contractus* admite semejante beneficio, debia este valer aún cuando no fuese reconocido por la ley del domicilio del deudor, por la razon de que debe siempre preferirse la ley más favorable á éste. De aquí concluye que se debe aplicar la ley del contrato ó la del domicilio de la persona segun la que sea más favorable al deudor (1).

Nosotros opinamos, por el contrario, que debe tenerse en cuenta la *lex loci contractus*, porque el beneficio de la division pertenece á la esencia de la obligacion. En efecto, los codeudores están más ó ménos estrechamente obligados, segun que se admita ó no entre ellos el beneficio de la division. No es una razon suficiente la de considerar tal beneficio como una excepcion personal, porque cada uno puede renunciar un derecho que le corresponde, y cuando tiene orígen la obligacion bajo una ley extranjera, debe juzgarse de su naturaleza, de su extension y de la excepcion de inadmisibilidad, con arreglo á la ley bajo la cual nace la obligacion misma (2).

256. Acerca de la naturaleza de la obligacion, considerada bajo el punto de vista de los medios de que puede disponer el acreedor para obtener su cumplimiento, debe juzgarse con arreglo á la ley del lugar en que debe cumplirse aquella. De este modo deberá decidirse tambien si la obligacion es ó no privilegiada, si es hipotecaria ó quirografaria, si es ó no ejecutoria, si es una obligacion ordinaria civil, ó una obligacion con arresto personal. Notemos, empero, que, cuando tal obli-

---

da, en cuyo caso pueden aquellos exigir que el acreedor distribuya préviamente su accion y la reduzca á la parte de cada uno. (Artículos 1.911 y 12, correspondientes al 2.026 del Código de Napoleon). Segun el Derecho romano, podía haber en esto obligaciones co-reales impropiamente, y los confideyusores podian ser obligados á pagar *in solidùm* y á gozar el *beneficium divisionis*. (Véase Savigny, *De las obligaciones*, § 20, 25).

(1) Boullenois, t. II, p. 463, 475 y sig.

(2) Fœlix, núm. 109; Voet, *De Stat.*, sec. 9, cap. 2, núm. 10; Story, § 322 *b*; Burge, *Coment.*, parte 2.ª, cap. 20.

gacion quiera hacerse eficaz, deben observarse las reglas que estableceremos más adelante (1).

257. En lo que concierne á los efectos jurídicos de las obligaciones, es necesario distinguir las que se derivan inmediatatamente de la naturaleza del contrato, ó de una disposicion de la ley ó de la costumbre vigente en el lugar en que se obligaron las partes, los efectos accidentales que resultan de acontecimientos posteriores, y de los que nacen de circunstancias que se verifican al cnmplirse la obligacion.

Los jurisconsultos llaman á los primeros *naturalia contractuum* (2), estos son muy distintos de los efectos esenciales, sin los cuales no existiria el contrato, ó por lo ménos cambiaría su especie, como es, porejemplo, la traslacion de la propiedad en el contrato de venta. *Nemo potest videri eam rem vendidisse, de cujus dominio id agitur, re ad emptorem transeat: sed hoc aut locatio est, aut aliud genus contractus* (3). Los efectos inmediatos ó naturales se derivan de la naturaleza del contrato sin la necesidad del convenio expreso, pero pueden ser excluidos por la voluntad de las partes sin que falte la esencia ó la especie del contrato. Así, pues, en el contrato de compra y venta, garantiza el vendedor al comprador la cosa vendida; pero, modificando el contrato, puede estipularse que la pérdida de la cosa vendida sea por cuenta del adquirente, sin quedar por esto dispensado del pago del precio; y el comodatario puede ser responsable de la más pequeña falta de la cosa que recibe en commodato.

258. Cuando las partes no han declarado nada expresamente; la *lex loci contractus* es la que debe determinar todos los efectos jurídicos inmediatos, que del contrato se derivan, ya sea por disposicion de la ley, ya por la costumbre. En efecto, cuando los contratantes no son ciudadanos de la misma patria ni están domiciliados en el mismo país, no puede hacerse prevalecer la intencion que uno de ellos pudo tener de referirse á la ley de su patria ó de su domicilio, sino que debe admitirse más bien, que la ley á que ambos se

---

(1) Véase el cap. IV sig.

(2) Pothier, *Oblig.*, art. 1.°, § 3; Boullenois, *Observ.* 33, p. 446; Burge, *Comment...*, parte 2.ª, cap. 9.

(3) L. 80 § 3, Dig., *De contr. empt.*

han sometido, por un acuerdo tácito, es la del lugar en que se obligaron. Esta ley es, por consiguiente, el complemento del contrato y debe valer siempre para determinar los derechos recíprocos de las partes. *Semper in stipulationibus et in cœteris contractibus id sequimur quod actum est. Unde si non aparent quod actum est, consequens erit, ut id sequamur, quod in regione, in quœ actum est, frecuentatur (1).*

Y Lauterbach dice: «Ea enim quæ autoritate legis vel con»suetudinis contractuum comitantur, eiden adherent naturalia »a doctoribus apelantur. Lex enim altera est quasi natura et »in naturam transit. Atque quod naturalia contractum etiam »forenses statuta loci contractus observare debent (2).

Aplicando este principio, aceptado por la mayor parte de los jurisconsultos (3), deducimos que segun la *la lex loci contractus* es como debe decidirse si la cosa perece para el deudor ó para el acreedor; si aquél está obligado por la falta grave ó leve, ó solamente por el dolo; si es responsable, no obstante la fuerza mayor ó el caso fortuito; en que plazo puede exigir el acreedor el cumplimiento, cuando no haya sido consignado explícitamente, pero resulta de lo naturaleza del hecho objeto de la obligacion; qué derecho puede tener el acreedor para pedir la ejecucion del contrato ó el resarcimiento del *damnum emergens* y del *lucrum cesans*; qué obligacion tiene el deudor de entregar la cosa, de verificar la prestacion, ó de reparar el daño; qué garantía debe tener el vendedor; á quién y en qué casos corresponde el derecho de pedir la resolucion del contrato por causa de lesion, ó la *restitutio in integrum,* por causa inherente al contrato mismo.

259. Todos estos efectos deben ser regidos por la ley del lugar indicado para la prestacion, puesto que se derivan de la ley de la ejecucion. «*Ea quœ ad complementum vel executionem contractus spectant vel absolute eo superveniunt, solere a statuto loci dirigi in quo peragenda est solutio* (4).»

---

(1) L. 55, Dig. *De regulis juris.*

(2) Lauterbach, *Disert.* 104, parte 3.ª, n. 58, citado por Boullenois, *Ob.* 46, p. 460.

(3) Fœlix, n. 109; Story, § 321; Voet, *De statut.*, sec. 9, cap. 2; Roceo, part. 3.ª, cap. 8.

(4) Burgundus, *Tract.* 4, núm. 29.

Así, por ejemplo, si, no pudiendo restituir la cosa, es obligado el mutuario á pagar el precio correspondiente, la tasacion de aquella deberá hacerse con arreglo á la ley del lugar designado para la restitucion (1). «*Extimatio rei debitæ*, dice Everardo, *consideratur secundum locum ubi destinata est solutio seu deliberatio non obstante quod contractus alibi sit celebratus* (2). La misma ley deberá aplicarse para decidir si puede decirse que hay culpa, negligencia, caso fortuito ó morosidad, segun la regla que sobre esto dá Voet; «*Hinc ratione efectus et camplementi ipsius contractus spectatur ille locus in quem destinato est solutto*: *id quo ad modum*; *mensuram usuris, negligentiam* etc., *et moram post contractum initum accedentem, referendum est* (3).»

260. Finalmente, los efectos que provienen de acontecimientos accidentales ocurridos antes ó despues del contrato, ó durante su ejecucion, y que no dependen de una causa inherente á la obligacion primitivá, sino de hechos nuevos, *ex post facio*, deben ser regidos por la ley del lugar en que nace la nueva causa de que dependen. Así, por ejemplo, si las garantías que presentaba el deudor en la época en que se obligó han disminuido, y si el acreedor pudiera obligarle judicialmente á garantir su obligacion, ya mediante seguridad ó fideyusion, ya mediante otra caucion, deberá recurrirse á la ley del lugar en donde se ha obtenido el fallo, para decidir todos los efectos de la fideyusion judicial, ó el derecho que podia tener el fideyusor para pedir la discusion del deudor principal. Esto mismo debe decirse de los efectos que se derivan de la novacion, de la ratificacion ó de la confirmacion de un contrato primitivamente nulo, de los efectos de la cesion de una accion, de los derechos que puede tener aquel á quien se ha cedido un derecho litigioso respecto al cesionario, y de las consecuencias que se derivan de la confusion de las cualidades de deudor y de acreedor.

En cuanto á la señal ó arras que pueden darse como prueba de un contrato que ha de celebrarse, y de los efectos jurídicos que de esto se derivan, debe juzgarse con arreglo

(1) Conp. *Código civil italiano*, art. 1.828.
(2) Everardo, *Consilia sive responsa juris*, 78, núm. 9.
(3) Voet, *De Statut.*, § 9.°, cap. 2, p. 270.

á la ley del lugar en que aquellas se dieron, porque debe considerárselas como un incidente distinto del contrato. Si las arras se han dado como señal de una obligacion ya concluida, deben regirse por la *lex loci contractus*. Por último, si dichas arras se dieron en Italia, y no resulta ninguna voluntad contraria debe considerárselas como una seguridad para la reparacion del perjuicio en caso de falta de cumplimiento de la obligacion. La parte que no ha faltado puede retener las arras que ha recibido, ó pedir el doble de las que ha dado, á no ser que prefiera obtener la ejecucion del contrato (Código civil italiano, art. 1.817).

261. Uno de los efectos que se derivan de la obligacion de pagar una suma de dinero, es la de abonar tambien los frutos civiles, es decir, los intereses. En general, el interés ó la usura es todo aquello que el deudor debe dar además del capital, como cosa correlativa al uso que de este ha hecho y como recompensa de la privacion del goce del mismo experimentada por aquel que ha hecho el préstamo.

Para determinar la ley que debe regir los intereses, es necesario examinar la causa por la que se deben, y para decidir cuáles son las obligaciones que de pleno derecho llevan consigo intereses, debe aplicarse la ley bajo la cual se han ultimado aquellas y han adquirido su eficacia, porque los intereses legales son un efecto inmediato de la obligacion. El interés legal (art. 308 del Código civil italiano) que debe pagar el tutor por la suma á que asciende el resíduo debido al menor en la definitiva liquidacion de cuentas, solo se debe en las tutelas regidas por nuestra ley, aun cuando la residencia principal de la gestion haya estado en territorio extranjero; porque los derechos y las obligaciones del tutor de un italiano se rigen por nuestra ley (1). Por esta misma razon, el interés legal á que se refiere el art. 507 del Código civil, se debe solo respecto de los usufructos regidos por nuestra ley, con arreglo á los principios establecidos (2). El artículo citado, dice, en efecto, que: «El propietario está obligado al pago de las cargas impuestas á la propiedad durante el usufructo, pero el usufructuario debe ponerle en cuenta el interés de la

---

(1) Véase el núm. 174 y sig.

(2) Véase el núm. 208 y sig.

suma pagada. Si el usufructuario ha adelantado el pago, tiene derecho al reembolso del capital al terminar el usufructo. Esta disposicion debe aplicarse tambien á los usufructos constituidos sobre fundos situados en el extranjero y regidos por nuestra ley. Mas para los constituidos sobre fundos situados en Italia y regidos por una ley extranjera, se aplicará la ley de que aquellos dependen. Esta doctrina está conforme con la aceptada para resolver las cuestiones transitorias que tienen con ella grandes y estrechas afinidades. Se ha decidido, en efecto, que la nueva ley puede hacer cesar los intereses legales que la anterior concedia, ó no concederlos sino bajo ciertas condiciones, sin que por esto se la pueda considerar como retroactiva (1).

262. El interés convencional procede de la voluntad de las partes. Pueden surgir, sin embargo, dificultades relativamente á la ley que debe determinar la tasa del interés, cuando no se ha establecido de un modo expreso, y relativamente á aquella con arreglo á la cual debe decidirse—cuando una de las legislaciones limita la tasa—si el interés convencional excede ó no al permitido por la ley.

El texto del derecho romano, á que apelan todos los autores para resolver la primera dificultad, es el siguiente: «*Cum judicio bonœ fidei diceptatur, arbitrio judicis usurarum modus ex more regionis, ubi contractum est constituitur* (2).»

Sin embargo, este pasaje debe armonizarse con este otro texto: «*Contractum autem non utique eo loco inteligitur quo negotium gestum est, sed quo solvenda est pecunia* (3).» Es indudable que, si una parte se obliga á pagar á otra, en Argel, una suma de dinero con interés, la tasa de éste será de un 10 por 100, que es la corriente en Argel, por más que el pago se exija y haga despues en Italia, en donde el interés comercial se ha fijado en un 6 por 100. Y recíprocamente, si una persona que contrata en Argel se ha obligado á pagar en Inglaterra una suma con intereses, la tasa será solo de un 5 por 100, en vez del 10 que es la tasa corriente en Argel. En este caso es cuando debe aplicarse la regla de Hüber: «*Ve-*

(1) *Cas. franc rej.*, 7 Noviembre de 1825
(2) L. 1, *Dig.*, *De usuris*, 22, 1.
(3) L. 3. *Dig.*, *De bonis auct. judit possid.*, 42, 5.

*rum tamen non ita precise recipiendus est locus in quo contractus est initus, ut si partes alium in contrahendo locum respexerint ille non potius sit considerandus* (1).»

Supongamos, por último, que dos personas celebran en Italia un contrato por el que la una se obliga á residenciar á la otra una suma en lá plaza de Argel, y esta última persona se obliga á restituir dicha suma con intereses en Lóndres. En este caso la tasa del interés deberá ser un 10 por 100, que es la tasa de Argel, y no un 6 por 100, que es la tasa de Italia, ni un 5 por 100, que es la de Inglaterra.

El fundamento de esta doctrina consiste en que la tasa del interés debe fijarse segun la intencion verosímil de las partes, como dice Dumoulin: «*Jus est intacita et vero similitur mente contrahentium* (2);» y cuando el interés se debe por razon del plazo convenido para el pago de una suma, se presume que las partes se han referido á la ley del lugar en donde la suma debió pagarse, «*quia quis censetur potius contraheret in loco in quo debet solvere quam in loco hubi fortuitu contraxit* (3).» Cuando el interés se debe por una suma adelantada, deberá determinarse la tasa con arreglo á la ley de la plaza en donde se verificó el adelanto, no obstante que el reembolso debe hacerse en otra parte.

Esta opinion aparece más racional si se tiene en cuenta la naturaleza del interés. Este es debido, en efecto, como equivalente al uso que el deudor ha hecho del capital, y como compensacion de la pérdida que sufre el acreedor por la privacion del goce de sus fondos. Hé aquí por qué la tasa del interés debe determinarse con arreglo á la ley dél lugar en que se verifica todo esto, cuando las partes no lo han determinado expresamente por sí mismas. En este sentido es en el que Godofredo entiende el texto del derecho romano citado anteriormente: «*Cum judicio bonœ fidei discetpatur*, etc. *Hœc verba*, dice, *hubi contractum est, sic intelige*: *hubi actum est ut solveret* (4).»

(1) Huber, *De conflictum legu*, l. I, tít, 3, § 10.

(2) Dumoulin, *Com. ad. Cod.*, lib. I, título I, t. III, p. 554.

(3) Idem id.

(4) Godofredo, núm. 10, *Ad Dig.*, l. I, lib. XXII, tít. I. Compárese por analogía, *Inst. transit.* Tribunal de casacion francés, rej. 15 Noviembre de 1836. Bruselas, 24 de Mayo de 1809.

263. El principio establecido por nosotros es tambien aplicable á las tasas del cambio. Supongamos que dos negociantes residentes en dos plazas diferentes hacen negocio el uno para el otro, y que el interés y el tanto ó quebranto del giro es diferente en ambas plazas. Si las operaciones se verifican todas en la misma plaza, como por ejemplo, si el negociante residente en Génova anticipa fondos y vende las mercancías por cuenta del que está en América, el balance de la cuenta corriente debe hacerse sobre la plaza de Génova, porque en esta es en donde se ha empleado y debe reembolsarse el dinero. Si ambos negociantes tienen dos cuentas corrientes, y el de América ha vendido y pagado por cuenta del de Génova, y no ha habido acuerdo en este punto, será necesario arreglar cada operacion segun la ley del lugar en que se haya verificado, y, respecto del dinero pagado y de las ventas hechas en Génova, se regirá el balance por la ley y por la costumbre italiana; y para las sumas adelantadas ó las ventas hechas en América, el balance se regirá por las costumbres americanas (1).

264. En cuanto á la ley que debe decidir cuándo la tasa del interés excede el límite máximo del interés lícito, observamos que debe tenerse en cuenta la ley del lugar en donde se realizó el contrato. Notemos, sin embargo, que no debe entenderse por lugar de contrato aquél en que se verifica la estipulacion, sino aquél á que se refieren las partes al obligarse. Por consiguiente, un contrato hecho en Lóndres por una suma anticipada en Gibraltar con un interés que exceda al límite máximo permitido por la ley inglesa, es válido aún en Inglaterra, como afirma Story; y lo mismo debe decirse si el contrato se ha hecho en Gibraltar respecto á un préstamo que debia reembolsarse en Lóndres (2). Como justa aplicacion de esta regla, se ha declarado por el Tribunal de Bordeaux y por el de casacion de Paris, que, en el caso en que dos franceses se obligasen en un país extranjero, en donde estuviesen domiciliados, á pagar un interés superior á un 5 por 100 en materia civil, y al 6 por 100 en materia comercial, la obligacion produciria sus efectos en Francia, porque esta-

(1) Story. *Conflict. of law*, § 284, 311 y sig.
(2) Story, *Conflict. of law*, § 792.

ria conforme con la ley del lugar del contrato (1). Este principio es aplicable cuando, no solamente la estipulacion, sino tambien el asunto se han realizado en país extranjero; pero no puede admitirse que dos personas que se hallen en Italia, en donde no hay límite alguno para el interés convencional, puedan estipular un interés del 10 por 100, para una operacion que deba realizarse en un país en donde no es permitido estipular un interés superior al 6 por 100, y pretender que semejante obligacion sea sancionada por el magistrado de este país. «Cum judicio bonæ fidei disceptatur—dice el texto romano—arbitrio judiciis usurarum modus ex more regionis ubi »contractum est constituitur: ita tamen, ut legum non ofen»dat (2).»

Entre todas las opiniones sostenidas en esta materia, preferimos y aceptamos la de Voet, como la más conforme á los principios expuestos: «Si alio in loco graviorum usurarum »stipulatio permissa, in alio vetita sit, lex loci in quo contrac»tus celebratus est spectanda videtur in quœstione, an mode»ratœ an vero modum excedentes usuræ per conventionem »constitutæ sint. Dummodo meminerimus, illum proprie lo»cum contractus in jure non intelligi, in quo negotium ges»tum est, sed in quo pecuniam ut solveret, se quis obligavit. »Modo etiam bona fide omnia gesta fuerint, nec consulto ta»lis ad mutuum contrahendum locus electus sit, in quo gra-

---

(1) Bordeaux, 26 de Enero de 1831. Dev. I, 831, 2.178. Cass. 10 de Junio de 1858, 57; *Journal du Palais*, 1857, p. 931.

Además de las indicadas por Fiore, pueden citarse otras decisiones de la misma índole; así, por ejemplo, se ha fallado muchas veces que la estipulacion de intereses superiores á la tasa fijada por. la ley francesa, es válida y puede ser sancionada por los tribunales franceses cuando se ha verificado en un país extranjero en donde la ley lo autorizaba, debiendo apreciarse la validez de un contrato con arreglo á la ley del país en donde se ha ultimado. (Tribunal de Bastia, 19 de Marzo de 1866; Tribunal de Bordeaux, 22 de Agosto de 1865; Dalloz, P. 1866, 2, 263).

*(N. de P. F.)*

(2) L. 1. *Dig.*, *De usur.*, lib. XXII, 1. Bruselas, 10 de Enero de 1810 Cass., 20 de Febrero de 1810; idem 16 de Mayo de 1838, Posicris.

»viores usuræ, quam in loco, in quo alias contrahendum fuis-
»set, probatæ inveniuntur (1).»

265. Esta doctrina es tambien aplicable en el caso en que, para garantía del acreedor, se hubiese hipotecado un inmueble situado en un lugar cuya ley no permita un interés tan crecido como el permitido por la ley del lugar del contrato. El Tribunal de Casacion de Paris decidió, el 14 mesidor del año XIII, que, cuando el fundo hipotecado se halla situado en un país en donde la ley prohiba el préstamo á interés, el tercero detèntador no puede aspirar, para evadirse de la accion hipotecaria, á que se imputen como capital los intereses pagados con arreglo á la ley del lugar donde está situado el predio; sino que debe tener en cuenta la *lex loci contractus* (2). Tal es, tambien, la opinion de Voet, que, continuando el pasaje anteriormente citado, dice: «Etiam si de cœtero hypo-
»theca, in sortis et usurarum securitatem obligata, in alio loco
»sita sit ubi solœ leviores usuræ permissæ; cum æquius
»sit contractum accesorium regi ex loco principalis negotti
»gesti, quam ex opposito contractum principalem regi lege
»loci, in quo accesorius contractus celebratus est (3).»

266. Uno de los efectos que se derivan de la falta de ejecucion de una obligacion, es el derecho que tiene el acreedor de obligar al deudor á indemnizarle de la pérdida sufrida por la falta de cumplimiento, es decir, del perjuicio causado ó del beneficio impedido *(Damnun emergens et lucrum cunsans)*. Debe, empero, observarse que si el deudor está obligado á indemnizar, el acreedor lo está á prestarle ó procurarle *id quod interest* y á fijar el valor pecuniario de la indemnizacion ó sea el *quanti ea res est*. Para juzgar si el deudor está obligado al pago del daño debe tenerse en cuenta la *lex loci contractus*, porque el derecho se deriva virtualmente de la naturaleza de la obligacion. Supongamos, por ejemplo, que en un contrato de depósito se ha pactado que la restitucion deba hacerse en territorio extranjero, y es indudable que el depo-

---

(1) Voet, *Ad Pand.*, lib. XXII, tít. I, § 6; Burgundus, *Tract.* 4, § 10; Kent, *Com.* lec. 39; Boullenois, *Obs.*, 46; Bouhier, *Cost. de Borg.*, capítulo 21; Massé, l. c., núm. 616.

(2) Vanderlinden, Dev. 2, 1, 133; Sirey, 7, 2, 1.026.

(3) Voet, *Ad. Pand.*, lib. XXII, tít. I, § 6.

sitario está obligado á trasportar la cosa al lugar fijado, á expensas del depositante, y que debe custodiarla con la misma diligencia que emplearia en cosa propia, y en su defecto es responsable de la pérdida sufrida por el referido depositante por falta del cumplimiento de la obligacion (art. 1.843, 1.858). Si el heredero del depositario hubiese vendido de buena fé la cosa que ignoraba estuviese depositada, no estaria obligado á indemnizar al depositante por falta de cumplimiento á pesar de lo que en contrario disponga la ley del lugar en que la cosa debia consignarse, porque, habiéndose concluido el contrato en Italia, debe aplicarse nuestra ley para determinar los derechos y las obligaciones del depositante y del depositario; y el art. 1.851 del Código civil italiano obliga al heredero, en el caso en cuestion, á restituir el precio recibido ó á ceder su accion contra el comprador si no le ha pagado el precio.

Por la misma razon, se debe aplicar siempre la *lex loci contractus* para decidir si se tiene derecho en el contrato de permuta, á pedir la indemnizacion de los daños en caso de lesion, y si, en el contrato de venta, el vendedor está obligado á indemnizar al compador, más del precio en el caso en que la cosa fuese viciosa, ó pereciese por sus defectos ó por caso fortuito.

Para fijar el valor pecuniario de la pérdida sufrida por el acreedor, ó sea para calcular el *id quod interest* se aplica la ley del lugar destinado para la prestacion, que es donde se verifica la morosidad y la pérdida que es consiguiente, y, con arreglo á esta misma ley se determinan sus efecto jurídicos. Esto sucede cuando no se ha establecido en el contrato á lo que estará obligado el que deje de cumplirlo. Sin embargo, en este caso, si la obligacion se ha ejecutado en parte, habrá necesidad de remitirse al arbitrio del juez del lugar destinado al pago, para decidir á lo que estará obligado el deudor por la ejecucion incompleta.

267. Notemos que en las obligaciones que tienen por objeto una suma de dinero, los perjuicios procedentes de la demora consisten en el pago de los intereses legales, y éstos deben determinarse con arreglo á la *lex loci solutionis*, aunque se haya establecido en el contrato primitivo un pago convencional de intereses hasta el vencimtento (1). Así, pues, si el

(1) Confr, quist. trans. cas. fran.; 13 de Julio de 1829 (Dupaty).

pago que se ha estipulado se haga en Italia, el deudor moroso puede ser obligado á pagar los intereses de los intereses vencidos, segun la disposicion del art. 1.232, aunque sea diferente la *lex loci contractus* (1). En cuestiones transitorias análogas se decidió en Francia que los intereses del 10 por 100 estipulados en un contrato anterior á la ley de 13 de Setiembre de 1807, y rebajados despues de esta ley, debian tener efecto solamente hasta el vencimiento del plazo, porque á falta de pago no podia prorogar de pleno derecho la estipulacion primitiva (2). Pero un contrato de préstamo hecho antes de la ley de 13 de Setiembre de 1807 en el que se convino que los intereses del 10 por 100 se pagarian al reembolso del capital, se declaró eficaz, aun despues de la promulgacion de la referida ley (3).

268. En ciertos casos, pueden surgir algunas dificultades àcerca del tiempo y del lugar en que puede decirse que se ha verificado la demora. En cuanto al tiempo, puede dudarse si es ó no necesaria la intimacion al deudor, cuando la *lex loci contractus* admite el principio *dies interpellat pro homine*, y no lo admite la *lex loci solutionis*. Pero deberá tenerse siempre en cuenta la ley del lugar destinado para el pago, porque la intimacion del acreedor pertenece al modo de la ejecucion; así, pues, la ley del lugar en que la obligacion es exigible es la que debe decidir si basta la espiracion del término para constituir en morosidad al deudor. Asímismo, en cuanto al lugar, puede dudarse en ciertos casos, si el cumplimiento de la obligacion debe efectuarse en el domicilio del deudor ó en el del acreedor. Uno de los casos en que puede surgir esta duda es cuando el propietario de una casa de comercio viaja ó hace viajar á un agente suyo para recibir comisiones, y se obliga á expedir las mercancías á la consignacion. Para cumplir su obligacion, es necesario que expida las mercancías, que siempre tardan algun tiempo en el camino, y finalmente, que lleguen á poder del comprador. Si se considera que el propietario de la casa de comercio, cuando ha

---

(1) Arg., Quis. trans. Cas. fran. 10 de Diciembre de 1817; Trib. del Sena, 9 de Mayo de 1818 y Paris 11 de Mayo de 1819 (Orleans) *Prior.*

(2) Bordeaux, 24 de Agosto de 1817 (Largarelle).

(3) Poitiers, 8 de Febrero de 1825 (rouille).

mandado á su destino las mercancías por los medios ordinarios de trasporte, ha cumplido todos los actos que estaban en su mano para ejecutar su obligacion, debe concluirse, de aquí que la remesa de la mercancía constituye el cumplimiento, y que el recibo de la misma es una consecuencia ulterior de la ejecucion ya perfecta. Si se considera, por el contrario, que el vendedor se ha obligado á poner las mercancías en manos del comprador *(a)*, puede concluirse que su envío es un hecho preparatorio de la ejecucion, y que la obligacion no puede decirse que está cumplida sino cuando la mercancía ha llegado á poder del comprador.

Segun que el cumplimiento se considera bajo uno ú otro de los dos puntos de vista, puede decirse que la demora se verifica en el domicilio del vendedor ó en el del comprador.

Savigny opina (1) que la expedicion constituye la ejecucion real, y que el cumplimiento de la obligacion debe, por tanto, considerarse en el domicilio del vendedor. Apóyase en dos disposiciones de Derecho romano, á saber: «que la pérdida de la cosa por caso fortuito es á riesgo del comprador desde el momento en que está terminada la venta, esto es, antes que se adquiera la propiedad por la tradicion ó entrega (2), y que cuando se ha prometido la consignacion de una cosa mueble sólo puede ser exigida en el lugar donde se halle (3).

En un asunto fallado por el tribunal de apelacion de New-York (4) ha prevalecido esta opinion. Un negociante consignó en China una partida de mercancías para venderla en New-

---

(a) En realidad no puede hacerse aquí una traduccion literal de la frase ó período que emplea el autor, á saber: *Se poi si considera che il venditore si é obligato á consignare la merci al compratore*, pues el verbo *consignare* significa consignar, remitir, pero no poner en manos, como nosotros hemos traducido, atendiendo, más bien que á la letra, al sentido general del período, que continúa: *si puo conchiudere che in loro invio é un facto preparatorio del l'essecuzione, e che l'obligazione non si puó dire adempiuta quando la merce arrivi nelle mani del compratore.*

(*N. del T.*)

(1) *Tratado de Derecho romano*, t. 8, § 370.

(2) § 3, *Ist. de empt*, (III, 24.)

(3) L. 12, § 1, *Dig. deposit.* (14, 3.)

(4) Story, l. c., § 297.

York, y la confió á un agente del destinatario con el contrato de que el producto de la venta le seria remitido á China. Habiendo quebrado el destinatario, surgió la cuestion de si la suma del interés moratorio deberia determinarse con arreglo á las leyes de China ó las de New-York. El canciller Kent sostuvo y el tribunal decidió, que deberian determinarse segun las leyes de China, pero el tribunal de apelacion revocó la sentencia y decidió que debian fijarse con arreglo á las leyes de New-Yok. Ambas decisiones estaban fundadas en el principio de que el interés se debia con arreglo á la ley del lugar en donde se habia verificado la demora. El tribunal consideró que, habiéndose hecho la consignacion en China y debiendo pagarse allí el importe, no podia decirse que se habia cumplido la obligacion hasta que hubiera llegado la suma al lugar de su destino, y que, por consiguiente, allí era donde debia decirse que se habia verificado la demora. El tribunal de apelacion, por el contrario, fué de parecer que, habiéndose consignado las mercancías para ser vendidas en New-York, y debiendo ser expedido el importe desde esta ciudad para China, la obligacion del comisionista estaba completamente terminada con la expedicion del dinero desde New-York para China, y allí era donde debia considerarse realizada la demora.

269. Puede suceder que el deudor, para asegurar mejor el cumplimiento de la obligacion por parte del acreedor, le prometa una prestacion para el caso en que, por culpa propia, ó no cumpla, ó cumpla tarde la obligacion principal. De la cláusula penal, que es un contrato accesorio, se debe juzgar con arreglo á los principios y con las distinciones expuestas en los números anteriores, porque el deudor sólo incurre en la pena cuando está en demora ó en falta. Y con tal que no sea contraria á los principios de órden público, es válida por doquiera la cláusula penal para determinar la extension de los daños ó intereses á que está sujeto el deudor por la falta de ejecucion ó por ejecucion incompleta.

270. En cuanto al arresto personal á que puede ser compelido el deudor por falta de cumplimiento, notamos que debe decidirse con arreglo á la ley de la ejecucion si esto procede de pleno derecho de la naturaleza de la obligacion, porque el arresto personal es un medio de ejecucion, y la ley que lo prohibe es una ley de órden público. Puede surgir, sin em-

bargo, una dificultad en el caso en que el arresto personal no proceda de pleno derecho, sino que haya sido estipulado expresamente por las partes. Podrá suceder, en efecto, que, segun la *lex loci contratus*, y segun la *lex loci solutionis*, sea permitido obligarse con cláusula de arresto personal, pero en ciertos casos determinados, y que el deudor se haya obligado á dicho arresto en un caso no permitido por la ley del lugar en que debia ser ejecutada.

Boullenois (1) dice que en este caso deberá tenerse en cuenta la ley del lugar del contrato, porque el acreedor ha calculado poder hacer que se prenda al deudor, y declarar semejante cláusula de ningun efecto equivalia faltar á la buena fé. Parécenos que podria sostenerse con más razon la negativa, porque la ley que prohibe obligarse en ciertos casos con cláusula de arresto personal, es una ley de órden público. Si el acreedor pudiera hacer que se condenase al deudor en el lugar en que se hizo el contrato, no podria éste evadirse invocando su ley personal, segun la cual no podia obligarse válidamente al arresto personal; mas si quisiese hacerlo condenar en su patria, no podria, porque la ley que prohibe en ciertos casos disponer de la libertad del deudor, es siempre una ley de órden público (2). El tribunal de París decidió, con más razon, que el extranjero domiciliado de hecho en Francia puede ser condenado al arresto personal, y que no es necesario para sujetarlo á la ley francesa que haya obtenido del Gobierno autorizacion para establecer en Francia su domicilio (3).

---

(1) Observ., t, I, p. 165.

(2) Massé, *Derecho comun*, 634.

(3) París, 21 de Abril de 1838, *Pasicr.*; Pardesus, núm. 1.524; Coin-Delisle, sobre el artículo 14 de la ley de 17 de Abril de 1832, número 2.

# CAPITULO III.

## DE LA INTERPRETACION DE LAS OBLIGACIONES.

**271. Regla general de interpretacion.—272. Reglas especiales, cuando las palabras, sin ser oscuras, pueden tener distintos significados.—273. Principios segun los cuales se debe estar seguro de la verdadera intencion de las partes.—274. Contratos concluidos por cartas. —275. Moneda en que debe hacerse el pago.—276. Cláusulas de los testamentos —277. Regla general para resolver las demás dudas que pueden nacer de la estipulacion.**

271. Todos los derechos y las obligaciones recíprocas del acreedor y del deudor se derivan de su intencion en el acto de obligarse. En algunos casos, sin embargo, pueden ser ambíguas las expresiones empleadas, y es necesario establecer algunas reglas de interpretacion, para asegurarse, en los casos dudosos, de la intencion de las partes al contraer la obligacion.

Cuando la duda procede de que las expresiones empleadas son por sí mismas oscuras y equívocas, pueden ser suficientes los preceptos del derecho romano y las reglas generales de la interpretacion. El contrato se interpretará, pues, contra aquel que estipula, si se trata de una estipulacion (1), contra el vendedor ó el propietario, si se trata de una venta ó

(1) L. 27 *De reb. dub.* XXXIV, 5; l. 38, § 18; l. 99, pr., *De verb. oblig.* XLV, 1.°

de un arrendamiento (1). La razon de ello es por que la persona interesada debe prevenir la duda con la reduccion clara y precisa del pacto, y si no lo hace debe imputarse á su negligencia ó á su mala fé.

272. Sin embargo, en los contratos estipulados en un lugar, pero que deben ser cumplidos en otro, entre personas pertenecientes á diferentes países, la interpretacion, que siempre se reduce á una cuestion de hecho, puede ser necesaria, cuando las expresiones, por más que sean claras y ciertas, puedan tener una significacion diferente, segun las diversas leyes á que puede referirse el contrato mismo. Bachter pone el ejemplo siguiente: una compañia de seguros de Leipzig habia impreso en sus estatutus «excepto el caso en que el siniestro resultase de un motin.» Habiendo tenido lugar un incendio comunicado por un motin exterior, surgió la cuestion de si, para la nocion jurídica de motin, que es diferente segun las leyes de los diversos Estados, deberia aplicarse la ley de Sajonia ó la del lugar en que habia ocurrido el siniestro (2).

En estos casos y otros análogos, no basta con aplicar la regla: «in contractibus tacitæ veniunt ea quæ sunt moris et »consuetudinis (3),» que es válida para la cláusula oscura y ambígua, sino que debe más bien tenerse en cuenta el otro precepto: «in conventionibus contrahentium voluntatem po»tius quam verba spectari oportet (4),» porque, de hecho, la cuestion se reduce á determinar el valor jurídico de una expresion, por sí misma clara y cierta.

273. Puesto que en los contratos todo depende de la voluntad de las partes, en caso de duda, la interpretacion debe tener por objeto determinar la intencion de los contratantes, segun la naturaleza de la obligacion, la situacion del objeto y las circunstancias. La regla del derecho romano: «quœ sunt »moris et consuetudinis in bonæ fidei judicis debent venire (5),» puede servir, en general, cuando puede presumirse por otras

---

(1) L. 39, *De pactis*, II, 14; l. 21, 33, *De contr. empt.*, XVIII, 1; L. 172 pr., *De reg. jur.*, L. 17.

(2) Savigny, *Tratado de Derecho romano*, t. VIII, § 374.

(3) Pothier, *Oblig.* n. 95; Merlin *Repert.*, v° *convention*, § 7, L. 54, Dig. *De regulis juris*, lib. 5, título 17.

(4) L. 219, Dig., *De verborum significatione*,, L. 16.

(5) L. 31, Dig., *De Œdilitio Œdic.*, XXI, 1.

circunstancias que las partes han querido acomodarse al lenguaje del lugar donde se ha hecho el contrato. En ciertos casos, sin embargo, es más racional presumir una intencion contraria y no es aplicable la regla.

Supongamos, por ejemplo, que se ha vendido un prédio situado en país extranjero, y que el precio se ha fijado por yugadas, por áreas, fanegas, etc.; si la extension del terreno correspondiente á la medida indicada es diferente en el lugar del contrato y en la situacion del prédio, puede surgir la duda de saber sí, para determinar la significacion de esta expresion, clara por sí misma, debe aplicarse una ú otra ley.

Las opiniones de los jurisconsultos y las decisiones de los tribunales son muy diferentes. Creen unos que debe preferirse la *lex loci contractus*, y otros que debe atenderse á la *lex rei sitæ* (1). La segunda opinion es la más autorizada, por el número y la respetabilidad de los jurisconsultos que la defienden. «Si res inmoviles, dice Voet, ad certam mensuram »debeantur, et ea pro locorum diversitate varia sit, in dubio »solvi debent justa mensuram loci in quo sitæ sunt (2).» y Demoulin se expresa en estos términos: «stantibus mensuris »diversis, si fundus venditur ad mensuram, vel afirmatur, »vel mensuratur, non continuo debet inspici mensura quæ »víget in loco contractus, sed in dubio debet attendi mensura »loci in quo fundus debet metiri et tradi et executio fieri (3).

Pero, por más que esta opinion, de la que tambien participan Boullenois y Savigny (4), sea la más justa, deben, sin embargo, hacerse algunas veces excepciones á la regla. Si el contrato de venta se ha concluido en el domicilio de las partes, se debe con más razon presumir que han empleado el lenguaje que les es más familiar, y han querido hablar de la medida corriente en su país, no de la del lugar, *rei sitæ*. Si una de las partes está domiciliada en el lugar donde se veri-

---

(1) Boullenois, *Obs.* 46; Burge *com.*, *on colon.*, *law.*, parte 2.ª, capítulo 9.

(2) Voet, *De statutis*, lib. 46, tít. 3, n. 8. Chopini, *Opera de Feudis*, t. II, l. 2, tít. 3, n. 10; Burge, *Comment.*, parte, 2.ª, cap. 9.

(3) Dumoulin, *Comm. adcod*; lib. I, tít. 1, l. 1; tomo III, conclu. *De statut.*

(4) Savigny, O. c., § 374; Boullenois, *Observ.* 46; Massé, § 6 03.

fica el contrato, y si circunstancias particulares prueban que el extranjero conocia la lengua del lugar en donde se ha ultimado el contrato, y de que se habian servido, deberá preferirse igualmente la *lex loci contractus*, para determinar la extension correspondiente á la medida indicada.

En cuanto á las cosas muebles, es más fundada la opinion de que la medida debe ajustarse á la ley del lugar indicado para su consignacion. En efecto, la medida es un acto distinto de la venta, y puede considerarse más bien como un modo de ejecucion independiente de la ley del lugar en que las mercancías deben ser entregadas.

274. Cuando el contrato se ha verificado por cartas, debe tomarse en consideracion la ley y la costumbre del lugar en que habita el que escribe la primera carta, porque se presume que al escribir habia querido adoptar el lenguaje que le era familiar. Por consiguiente, si un comerciante español ofrece á un americano una partida de mercancías por valor de tantas piastras, se entiende que ha querido hablar de la piastra corriente en España, y no de la corriente en América.

275. En lo que concierne á la moneda en que debe pagarse el precio convenido, puede surgir una duda cuando el valor real de la moneda es diferente en el lugar de la estipulacion y en aquel en que deba verificarse el pago. Toullier supone el caso de un aleman que vende á un holandés un predio de tierra por 2.000 florines, sin determinar si habla del florin que corre en Alemania ó del que tiene curso en Holanda, pues son de valor diferente, y dice que el valor del florin debe ser el de aquel que tiene curso en el lugar del contrato (1). Tal es tambien la opinion de Story y la de Burge (2), y nosotros la aceptamos, con tal que en el contrato no se haya designado el lugar del pago. Si un prédio de tierra situado en la Jamáica se ha vendido en Inglaterra en 20.000 libras, sin especificar el valor corriente, siendo la diferencia entre la libra esterlina inglesa y la que hoy tiene curso en la Jamáica, de un 8 por 100, el vendedor puede pedir que el comprador le pague 20.000 libras esterlinas, valor corriente en In-

(1) Toullier, t. VI, núm 319.

(2) Story, *Conflict. of law*, § 271; Burge. *Coment.* parte segunda, capítulo 9.

glaterra, que corresponde á cerca de 22.000 libras con el valor corriente en Jamáica. La razon de ello es, porque debe presumirse que ha de pagarse el precio en el valor corriente en el lugar del contrato, y no en el del lugar en el que se halla la cosa (1), á no ser que medien circunstancias que hagan presumir que la intencion de los contratantes fué la contraria. Pero, si en el contrato se ha designado el lugar del pago, deberá éste verificarse en el valor corriente en este lugar, porque debe presumirse que á este al que lás partes se han referido. «Estimatio rei debitæ, dice Everardo, consideratur se»cundum locum ubi destinata est solutio, non obstante quod »contractus alibi sit celebratus (2).»

El principio expresado se aplica á los pagos en general y sin distincion de títulos.

276. Las cláusulas de los testamentos que puedan tener una significacion diferente en el lugar en que se ha verificado el acto y en el que la cosa se halla, deben interpretarse con arreglo á la ley del testador, porque se presume que este último se ha referido á la ley y á la costumbre de su patria. «Quando verba sunt ambigua tunc inspicimus quid testator »senserit (3).»

No nos detendremos aquí á dar otras reglas de interpretacion, porque, en realidad, no pueden establecerse principios generales, sino que en cada caso debe investigarse cuál fué verosímilmente la intencion de las partes. Algunos autores, entre ellos Story, han dado tal extension á las cuestiones de interpretacion, que comprenden en ellas la mayor parte de las controversias sobre el derecho de las obligaciones. Es verdad que todo puede reducirse á una cuestion de interpretacion, pero con perjuicio del método y de la distribucion científica de la materia.

277. Las reglas dadas sirven para las cláusulas claras que pueden tener una significacion diversa. Para las demás dudas que puedan surgir, hay que tener en cuenta las costumbres vigentes en el lugar en donde se verifica el contrato.

---

(1) Véase Pardessus, *Derecho comun*, núm. 1.492.
(2) Everardo, *Consil.*, 78, núm. 9; Burgundus, *Tract.* 4, núm. 29.
(3) Sandé, *Com. de reg. jur.*, l. 9.

«Consuetudinen regionis sequimur, dice Godofredo, et ideo »conducere, concedere, contrahere et quidvis agere pro modo »regionis in dubio presumitur. Nam sicut natura non separa- »tur a subjecto, ita nec a consuetudine. Quod est de consue- »tudine habetur pro pacto (1).»

---

(1) Godofredo, *Ad Pand.*, l. 34; *De reg. juris*, lib. 50, tít. 17.

# CAPÍTULO IV.

## DE LA EFICACIA Y DE LA FUERZA EJECUTORIA DE LOS CONTRATOS HECHOS EN TERRITORIO EXTRANJERO.

**278. En qué consiste la sustancia de la obligacion jurídica.—279. Los contratos hechos en país extranjero se consideran siempre como eficaces.—280. Condiciones para la eficacia de un contrato.—281. Contratos contra los reglamentos de policía de un Estado.—282. Compra de billetes de lotería extranjera.—283. Un contrato válido puede ser ineficaz sólo para ciertos efectos.—284. Contratos hechos en fraude de las leyes fiscales de un Estado.—285. Contratos que tienen por objeto el contrabando de las mercancías de un Estado.—286. Opiniones de los jurisconsultos sobre la eficacia de los contratos para ejercer el contrabando en el extranjero.—287. Nuestra opinion.—288. Está conforme con la autoridad de Kent y de Chitty.—289. Fuerza ejecutoria de los contratos.—290. Disposicion de nuestra ley para hacer ejecutorio un contrato hecho en el extranjero.—291. De la ley con arreglo á la cual deben juzgarse las acciones y las excepciones á que puede dar lugar un contrato.—292. Accion de garantía contra el vendedor.—293. Acciones de rescision, de revocacion y de nulidad.—294. Accion redhibitoria.—295. Opinion de los jurisconsultos sobre la prescripcion de las acciones.—296. Nuestra opinion y la de Savigny.**

278. La sustancia de la obligacion jurídica consiste en el derecho de pedir, adquirido por una de las partes, y que comprende el deber que tiene la otra de cumplir. «Obligationis substantia non in eo consistit ut aliquod corpus nostrum, aut »servitutem nostram faciat: sed ut alium nobis obstringat ad

»damdum aliquid, vel faciendum vel prestandum (1).» La obligacion solo puede decirse plenamente eficaz, cuando el deudor puede ser compelido á una prestacion por medio de una accion ejercida por la via judicial. «Debitor intelligitur is »á quo invito exigi pecunia potest (2).» En su lugar oportuno trataremos de la materia y de la forma segun las cuales deben ser ejercitadas las acciones para obtener la sancion judicial de las obligaciones, y del magistrado competente para ello; aquí solo debemos tratar de la eficacia de un contrato en un país diferente de aquel en que se ha verificado.

279. Todos los pueblos regidos por leyes civiles admiten que la obligacion que se deriva de un contrato debe tener un valor extraterritorial. Hasta los mismos romanos, tan rigorosos para con los extranjeros, consideraron la mayor parte de los contratos como pertenecientes al derecho de gentes. «Ex »hoc jure gentium..... commercium, emptiones, venditiones, »locationes, conductiones, obligationes institutæ, exceptis qui»busdam quæ a jure civili introductœ sunt (3).» Conviene distinguir bien, sin embargo, la eficacia jurídica del contrato, de la fuerza ejecutoria que puede tener en pleno derecho bajo ciertas condiciones.

280. En cuanto á la eficacia, observamos que, de todo contrato válido segun la ley del lugar en donde las partes se han obligado, puede pedirse la sancion judicial en cualquier parte, á condicion, sin embargo, de que la prestacion á que el acreedor quiere obligar al deudor, no sea contraria á los principios de órden público, á las instituciones, ni á las leyes prohibitivas vigentes en el lugar en donde se ejercita la accion.

Esta doctrina ha sido declarada fuera de toda controversia por los sábios jurisconsultos romanos. «Pacta quœ contra »leges constitutionesque, vel contra bonos mores fiunt, nu»llam vim habere induvitati juris est (4).»

Aplicando este principio, se deduce que deben considerarse ineficaces, no solamente los contratos que tienen por objeto una cohabitacion ilícita, una prostitucion, publicaciones obs-

---

(1) L. 3, pr.; *Dig.*, *De oblig. et act.*, lib. XLIV, tít. 7.
(2) L. 108. *Dig.*, *De verb. sign.*, lib. XVI.
(3) L. 5. *Dig.*, *De justitia et jure*, lib. I, tít. 1.
(4) L 6. Cod., *De pactis*, lib. II, tít. 3.

cenas, y todo lo que denota una torpeza moral, sino tambien las que están en contradiccion con el derecho público del Estado. Si un italiano se ha obligado, en un lugar en donde no está abolida la trata, á trasportar esclavos negros á América, y hubiere recibido un anticipo sobre el precio del trasporte, no podrá obligársele ante los tribunales á la ejecucion de su compromiso, porque la trata de negros está prohibida por nuestras leyes y es castigada con penas muy severas (1). Tambien seria ineficaz un contrato para trasportar mercancías de contrabando en tiempo de guerra, cuando nuestro Estado ha declarado su neutralidad (2).

281. Lo mismo debe decirse de los contratos opuestos á los reglamentos de policía ó las leyes prohibitivas de un Estado. La compra y la venta de la sal, del tabaco, de los alcoholes, licores y otras cosas análogas, en un país en donde es necesario estar provisto de una licencia para comerciar en tales objetos, no pueden ser sancionados por el tribunal. Obsérvamos, sin embargo, que, cuando el contrato está consumado, y el vendedor quiere obligar al deudor, en país extranjero, al pago del precio, el magistrado puede condenarle. «Si clam, dice Huber, fuerunt venditœ merces in loco ubi »prohibitœ sunt, emptio venditio, non valebit ab initio nec pa»rit actionem, quocumque loco instituatur, utique ad traditio»nem agendam: sed si traditione facta pretium solvere nolet »emptor, non tam contractu quam re obligaretur quatenus »cum alterius damno locupletior fieri vellet (3).»

Lo mismo puede decirse si la mercancía ha sido comprada en un lugar en donde no existia ninguna prohibicion, y si la accion para el pago del precio se ejercita en el lugar donde la mercancía ha sido trasportada á pesar de la prohibicion. En tal caso, el pago será un efecto inmediato del contrato de compra y de venta perfecto, consumado y originariamente válido (4).

282. En Francia, en donde está prohibida la introduccion

---

(1) *Código de la marina mercante*, parte segunda, tít 2.
(2) Kames, *Princips. of equit.*, b. 3, c. VIII, § 1; Kent, lec. 37, 39.
(3) Huber, *De conflictu legum*, l. 1, tít. 3, § 5.
(4) Story, *Conflict. of law*, § 251 y sig.

de billetes de loterías extranjeras (1), se ha discutido la cuestion de si se puede apremiar á un francés para el pago de un billete de lotería. El tribunal régio de París ha pronunciado la nulidad de semejante obligacion (2), y Massé cree que, áun en el caso en que la obligacion se haya contraido en un país en donde el contrato no estuviese prohibido, el francés no puede ser ejecutado en Francia para el pago (3). Por el contrario, ante el tribunal de Nueva-York, donde está prohibida la venta de billetes de lotería, se ha intentado una accion para obtener el pago de un billete comprado en el Kentuky, en donde dicha venta se permite; y el tribunal, sin distinguir si la obligacion debia ejecutarse en Nueva-York ó en el Kentuky (4), admitió la accion y condenó á la parte al cumplimiento del contrato. Esta solucion me parece más razonable.

283. En ciertos casos, por más que el contrato sea válido con arreglo á la ley del lugar en donde ha sido estipulado, y segun la de aquel en donde se entabla la accion judicial, esta sancion puede negarse, sin embargo, en lo tocante á ciertos efectos contrarios á algunas instituciones locales vigentes. Esto sucede, por ejemplo, con el pacto conmisorio anejo al contrato de prenda ó de anticresis, ó los contratos sobre futuras sucesiones, ó los que estipulan un interés ilícito. Este principio es tambien aplicable á las obligaciones cuya ejecucion no puede proseguirse judicialmente, y que nuestra ley llama obligaciones naturales (art. 1.237) (5); tales son, por ejemplo, las deudas del juego y de apuestas, para cuyo pago no concede nuestro Código ninguna accion (art. 1.802). Para estas deudas y para otras obligaciones naturales voluntariamente satisfechas, no admite nuestro Código la repeticion del

(1) Sentencia del Consejo, 20 de Setiembre de 1776; ley del 21 de Mayo de 1836.

(2) París, 25 de Junio de 1829; Fœlix, núm. 99.

(3) Massé, *Derecho comun*, núm. 570.

(4) Story, l. c., § 258 a.

(5) «Todo pago, dice el referido artículo del Código italiano, supone una deuda; lo que se ha pagado indebidamente, está sujeto á repeticion. No se admite ésta respecto de las obligaciones naturales pagadas voluntariamente.» Concuerda literalmente con el art. 1.235 del Código civil francés.

pago (arts. 1.804 y 1.237) (1). Por consigu iente,si un menor ó un impedido extranjero hubiese contraido una obligacion en favor de un italiano, sin la asistencia de su representante legítimo, y llegado á mayor edad ó cesando la interdiccion, hubiese pagado voluntariamente su deuda, no podria pedir lo pagado ante nuestros tribunales, porque el Código civil italiano dice (art. 1.309, § 2) que: «la confirmacion, ratificacion ó ejecucion voluntaria, segun las formas ó en los plazos prescritos por la ley, produce la renuncia á los medios y á las excepciones que podian oponerse contra este acto...»

284. En lo que concierne á la eficacia de los contratos hechos en territorio extranjero para defraudar las leyes sobre impuestos, algunos han intentado sostener que todo contrato hecho *in fraudem legis domesticæ*, debe ser considerado como nulo en el país de los contratantes, y han llevado el abuso de la fórmula *in fraudem* hasta el absurdo, admitiendo que un contrato válido puede ser anulado cuando las partes se han marchado á territorio extranjero para evitar los gastos importunos del timbre y del registro. En casos análogos, y tal es tambien la opinion de Savigny (2), debe dejarse mucho á la discrecion del magistrado, á quien, despues de haber examinado todas las circunstancias, corresponde decidir si la consecuencia del fraude debe ser la nulidad dei acto ó una pena de otro género, como una simple multa, por ejemplo. De cualquier modo, semejantes contratos no pueden ser declarados ineficaces sino cuando la ley del país así lo establece (3).

285. No puede decirse lo mismo del contrato cuyo objeto inmediato es la violacion de las leyes de aduanas ó de los derechos del fisco de cualquier naturaleza que sea. Todos admiten que el contrabando debe ser considerado como un de-

---

(1) Segun los términos del art. 1.804 del Código italiano, «El que pierde, no puede nunca entablar la repeticion de lo que ha pagado voluntariamente, á no ser que haya fraude ó dolo por parte del que gana, y que el que ha perdido sea menor, esté en entredicho, ó provisto de un curador.»

(2) Savigny, l. c., t. VIII, p. 353.

(3) Schæffner, *Derecho privado*, § 85; Fœlix, l. c., núm. 82; Story, l. c., § 261.

lito en el país cuyas leyes se quebrantan defraudando las rentas públicas. Beccaria lo considera como un robo cometido en perjuicio del príncipe, y por consiguiente, de la nacion misma (1); es indudable que los contratos que á esto se refieren son nulos y de ningun efecto ante los tribunales del Estado cuyas leyes se han querido eludir. Esta solucion debe darse tambien respecto de los contratos accesorios y para todo aquello que forma parte de la *res gesta*. Por consiguiente, un extranjero no tendrá accion ante nuestros tribunales por los gastos de trasporte, por las sumas anticipadas, por la seguridad del buque, ni por lo demás convenido entre las partes para practicar el contrabando en nuestro país.

286. No están de acuerdo los jurisconsultos sobre la eficacia judicial de semejantes contratos, cuando su objeto ha sido practicar el contrabando en el exterior. Pfeiffer, Pothier, Delangle y otros (2), sostienen que ningun Estado debe sancionar semejantes contratos. El mismo Pothier dice que es faltar á la buena fé y á los deberes recíprocos, el consagrar los contratos hechos con objeto de defraudar las rentas aduaneras de otro Estado. Por el contrario, Valin, Emerigon, Pardessus, Massé, Zacarías y otros (3), opinan que ningun Estado está obligado á hacer respetar las leyes fiscales de otro Estado, y que los tribunales no deben declarar ineficaces los contratos que tienen por objeto el contrabando en el extranjero.

«El contrabando, dice Pardessus, es un delito solamente para los súbditos que violan las leyes del Estado. Bajo esta relacion viven los Gobiernos en hostilidad permanente y sin favorecer abiertamente las empresas que se propongan el contrabando, pero no las prohibe. Los intereses comerciales se verian gravemente comprometidos si una nacion se propusie-

---

(1) Beccaria, *De los delitos y de las penas*, § 31.

(2) Pothier, *Assur.*, núm. 58; Delangle, *Tratado de las sociedades comerciales*, t. I, núm. 104.

(3) Valin, *Comm. ord.*, 1681, art. 49, tít. Deassur.; Emerigon, *Trat. de las seg.*, c. VIII, § 5; Pardessus, *Derecho comercial*, núm. 1.492; Zacarías, *Derecho civil*, § 31, núm. 4, nota 57; Massé, *Derecho comercial*, número 568. Véase Schæffner, núm. 89; Story, § 245; Kames, *On equite princ.*, 3, cap. VIII. § 1.

se prohibir escrupulosamente el contrabando al paso que las otras lo toleraran.» Massé considera tambien el contrabando como un vicio comun á todas las naciones; una guerra recíproca, y un medio comercial permitido á los unos porque los otros lo permiten. «Por lo demás, dice, si los nacionales se exponen á la vindicta de las leyes extranjeras y corren el riesgo de perder la mercancía, cuando consiguen efectuar el contrabando no deben dar cuenta de nada á nuestros magistrados, puesto que no han faltado á nuestras leyes.» En apoyo de su doctrina cita Massé dos sentencias, una respecto de una asociacion para el contrabando (1), y otra para el seguro de la nave y la mercancía contra el riesgo y peligro del comercio ilegal (2).

287. No aceptamos la doctrina expuesta, porque no podemos admitir que los Estados vivan en hostilidad permanente, como dice Pardessus. El sólo hecho de la multiplicacion de los tratados de comercio prueba lo contrario. Massé cree que Pothier, como hombre honrado, no ha considerado más que un lado de la cuestion, y á mí me parece que ellos son los que consideran el hecho sólo bajo el aspecto de la utilidad más bien que bajo el del derecho. Dicen los contrarios á esta opinion que el contrabando es un delito para todo el que lo practica en el Estado que como delito lo considera, pero que es indiferente para los demás Estados en donde no existe prohibicion alguna; que, por consiguiente, el magistrado de estos Estados no puede considerar como nula la obligacion de cumplir un convenio ó realizar un hecho indiferente para la ley. A esto contestaremos nosotros que, por más que el contrabando pueda ser un hecho indiferente para un Estado extranjero, no lo es la violacion directa de la ley extranjera, que se deriva inmediatamente del cumplimiento de la prestacion. Obligando el magistrado á una de las partes á este cumplimiento, obligaria á lesionar directamente los derechos de otro Estado, y admitiendo con Beccaria, que el contrabando es un robo hecho al príncipe y á la nacion, no puede ser indiferente autorizar á sus propios súbditos para emprenderlo

(1) *Cas. franc.*, 25 Agosto 1835. (Dev. 1835, 1.673).
(2) Idem id., 25 Marzo 1835. (Dev. 1835, 1.804); Aix, 30 de Agosto de 1833. (Dev. 1834, 2, 161.

en perjuicio de otro Estado. Segun los principios de la buena fé y de la justicia internacional, debe impedirse que se emprenda y realice un hecho cualquiera con perjuicio de los derechos de otro Estado.

No puede decirse que el respeto á la ley interesa solo á la autoridad de donde mana, de modo que las autoridades extranjeras puedan tolerar y autorizar su violacion. En la actualidad, sobre todo, se intenta sustituir la teoría del aislamiento con la de la solidaridad de intereses, como fundamento del órden social é internacional, y por consiguiente, quiere hacerse prevalecer en los Códigos penales modernos el principio de que el derecho y la obligacion de castigar ciertos delitos es de interés comun (1). El contrabando no pertenece á esta categoría de delitos, y por tanto, no puede un estado castigar á los súbditos que lo hacen en el extranjero, aplicando las leyes vigentes, pero tampoco puede autorizarlo sancionando los contratos que á él se refieren. Sabemos que la opinion contraria cuenta numerosos partidarios y que ha recibido la sancion de los tribunales; admitimos tambien que, para modificar la jurisprudencia establecida, seria necesario un convenio internacional, pero mientras esto no se verifique no podemos sostener que cada Estado pueda violar los principios de la buena fé y de la justicia internacional, apoyándose en que la violan otros Estados.

288. Nuestra teoría tiene tambien sus sostenedores, y, además de la valiosa autoridad de Pothier, vamos á citar aquí lo que sobre el asunto escribe el canciller Kent: «Es, en verdad, cosa sorprendente y lamentable que países civiliza-

---

(1) Lo que dice Fiore acerca de las tendencias de los pueblos modernos á hacer solidarios sus intereses, es excelente: tal es, en efecto, la direccion que ha tomado la civilizacion en el siglo XIX. El egoismo de las naciones ha tenido su época; su interés, bien entendido, les impone ligar cada vez más estrechamente los diversos pueblos cuyo conjunto forma la humanidad. Estoy convencido de que, cuando más progresen las naciones, más bien sentirán la necesidad de hacerse solidarias. Atendiendo á que las instituciones democráticas han consagrado definitivamente en el globo la solidaridad universal, hay que ensalzar los espíritus liberales que se convierten en apóstoles y precursores de ese evangelio del porvenir.

(*N. de P. F.*)

dos como Francia, Inglaterra, los Estados-Unidos y que se distinguen por la exacta é irreprensible administracion de justicia, el comercio del contrabando hecho con el propósito de eludir las leyes de un Gobierno extranjero, sea favorecido y muchas veces alentado por los tribunales. Este hecho, no es, en verdad, muy honroso para la jurisprudencia comercial de nuestro tiempo (1).

Mr. Chitty (2) critica y combate con numerosos argumentos las decisiones de los tribunales ingleses, que sancionan los contratos hechos en Inglaterra para practicar el contrabando en el extranjero. No se puede, dice, favorecer el contrabando en el interior sin alentar á los extranjeros á hacer otro tanto con nosotros con perjuicio de nuestras leyes. El que comercia en un país debe sujetarse á las leyes vigentes en el mismo. El contrabando es, por consiguiente, contrario á la bue-

(1) Kent, *Com. lec.* 48.

Aún puede agregarse á lo que dice y recuerda perfectamente Fiore, que la práctica del contrabando influye de una manera funesta en la moral de los pueblos, acostumbrando á los que á él se dedican á la violacion de la ley, y á los que son testigos de este abuso, al desmoralizador espectáculo de esta violacion. Bajo este punto de vista, debian interesarse todos los Estados en reprimir el contrabando hecho en perjuicio de sus vecinos. Pero debemos esperar que esta cuestion perderá con el tiempo su interés práctico. A consecuencia del progreso de los verdaderos principios de la economía política, está llamado el sistema aduanero de los pueblos á sufrir una reforma radical, cuyo fin inmediato será el de quitarle todo carácter de proteccion. Es necesario felicitarse y regocijarse por la tendencia de los Gobiernos contemporáneos á salir del sistema de aislamiento que fué por tanto tiempo la base de su política comercial. Cualesquiera que sean las diferencias de raza, de lengua y de culto, son los pueblos miembros de una sola familia, de la gran familia humana; y el medio más seguro de satisfacer las obligaciones á que dá orígen tan estrecho parentesco, es, ante todo, el de dejar circular libremente los productos del trabajo. Cuando las antiguas barreras se abren para los hombres, no pueden continuar cerradas á los productos. Cuando la circulacion de éstos llegue á ser libre, la tésis tan excelentemente tratada por monsieur Fiore no tendrá ya aplicacion.

(*N. de P. F.*)

(2) *On comerce and manufact.*, t. I, págs. 83 y 84; Marshall, *Insurance*, t. I, 59 y sig., segunda edicion.

na fé, y los contratos hechos para favorecer y protejer tal comercio son ilegales y no pueden producir ninguna obligacion jurídica. Puede justificarse la proteccion que nuestra ley concede á tales trasgresiones por la necesidad; ¿pero qué necesidad? Puede ser cierto que este principio de derecho se haya aceptado como represalia, ante la conducta mezquina de los demás Estados, y que se haya sostenido por una política prudente; pero la política prudente de un gran Estado, es con frecuencia una política mezquina. En último término, la mejor política entre los Estados, lo mismo que entre los indivíduos, debe fundarse en una conducta honrada (1). Este sistema es además contrario á los más rudimentarios principios de derecho, y lo único que detiene á los Gobiernos de Europa para abolirlo, es la consideracion de la pérdida y de la ganancia que de ellos procede.

Concluimos de todo esto que los contratos hechos para practicar el contrabando en el extranjero no deben ser declarados eficaces por la autoridad judicial.

289. Lo dicho me parece suficiente para determinar de un modo general, qué contratos hechos en el extraejero pueden ser plenamente eficaces mediante una accion ejercida por la via judicial. Pasando ahora á hablar de la fuerza ejecutiva de los contratos, diremos que esta regla debe darse en general siempre por el magistrado del lugar en que quiere hacerse eficaz el contrato, y debe ajustarse á las prescripciones de la ley vigente en aquel lugar, *quo ad ordinatoria litis*, por más que *quo ad decisoria litis* deba aplicarse la ley que rige el contrato mismo con arreglo á los principios expuestos en los capítulos precedentes.

La primera parte de la regla establecida, se deriva del principio general de que el derecho de declarar ejecutorios los contratos y los actos obligatorios de cualquier naturaleza corresponde exclusivamente al poder ejecutivo en quien lo delega el jefe del Estado, único que tiene jurisdiccion en su propio territorio. De donde se deduce que, aún cuando

---

(1) **Estamos léjos de la Italia de Maquiavelo. El lenguaje de Fiore y de Chitty, á quien cita, deberia ser meditado por todos los hombres de Estado, y sobre todo por los de las orillas del Spre.**

*(N. de P. F.)*

el contrato fuera ejecutorio de pleno derecho con arreglo á la ley en donde se hubiese estipulado, no lo seria igualmente en territorio extranjero, porque la ejecucion depende de la autoridad pública de un país, única que puede dar á ciertos actos auténticos fuerza ejecutoria en los límites del territorio que le está sometido. Esta doctrina es generalmente aceptada (1) y se funda en la distincion entre la completa eficacia del acto y su fuerza ejecutoria. «An instrumentum habeat »executionem, et quo modo debeat exequi, attenditur locus »ubi agitur vel fit executio. Ratio est, quia virtus instru»menti concernit meritum, sed virtus executoria et modus »exequendi concernit processum (2).»

290. No este el lugar á propósito para discutir las cuestiones relativas á la ejecucion de los contratos hechos en el extranjero bajo la relacion del procedimiento y de la competencia de los jueces; solo queremos hacer notar que, segun nuestra ley, la fuerza ejecutoria de los actos auténticos realizados en país extranjero solo pueden darla los tribunales civiles del lugar en que quiere hacerse ejecutorio. (Art. 944 del Código de procedimientos civiles), prévio un juicio de aprobacion que debe limitarse: primero, al exámen de la autenticidad del acto, colocándose bajo el punto de vista de la ley del lugar en donde se ha verificado; segundo, á la prueba de que se ha realizado verdaderamente en el lugar á donde quiere referirse; tercero, el exámen del contrato, el cual no debe contener nada contrario al órden público ni al derecho público interior del reino.

En algunos Estados, la fuerza ejecutoria de estos actos está arreglada por los tratados y por las leyes (3); sin embargo, todos admiten que el acto auténtico realizado en el extranjero puede hacer fé en justicia hasta que esté probada su falsedad (4).

---

(1) Burgundus, *Trat.* 5; Everardo, *Cons.*, 78; Cristinæus, t. I, 283; Rocco, parte 3.ª, cap. 12; Pardessus, núm. 1.487; Fœlix, núms. 226 y 230; Story, § 568 y sig.

(2) Dumoulin, t. III; *Com. ad cod.*, l. I, tít. I, l. 1.

(3) Fœlix, *Ob. cit.*, núm. 472 y sig.

(4) Pothier, introd. al tít. 20 y Cost. de Orleans, cap. I, núm. 9. Nuevo Denizart, v.° *donacion inter-vivos*, § 11, núm. 10, t. VII, p. 57;

291. En cuanto á la segunda parte de la regla establecida, nos limitaremos á observar que las acciones pertenecientes al acreedor para obligar al deudor al cumplimiento y las excepciones con que puede éste rechazar la demanda, deben ajustarse á la ley que rije la obligacion misma y no á la del lugar en que quiere hacerse ejecutorio al contrato. Entiéndase bien que nos referimos á las acciones relativas al fondo del derecho y á las excepciones perentorias, y que no puede aplicarse el principio, ni á las acciones que se derivan de hechos nuevos y accidentales, *ex post facto*, ni á las excepciones dilatorias, las cuales se fundan en simples disposiciones de procedimiento y son regidas por la ley del lugar en donde la accion se ejercita.

Algunos autores (1) han considerado las acciones y las excepciones, de cualquier naturaleza que sean, como instituciones de procedimiento, y han querido hacerlas depender de la ley del lugar en que se ha ejercitado la accion. Pero semejante doctrina, como observa acertadamente Savigny, debe ser completamente rechazada (2). El valor de la obligacion jurídica consiste en el derecho que tiene el acreedor para obligar al deudor á su cumplimiento. Por consiguiente, la existencia y la naturaleza de la accion están íntimamente ligadas con el *vinculum juris*, y, siempre que se trate del fondo del derecho, no se la puede hacer depender sino de la ley que rige la obligacion misma. La excepcion perentoria sirve, en fin, para determinar hasta qué punto es incompleta la validez de la obligacion. No se puede, pues, sin inconsecuencia, decir que la validez intrínseca de la obligacion deba depender de una ley, y de otra la admisibilidad de una excepcion perentoria.

292. Aplicando estos principios se deduce que, para decidir, en materia de venta, si el comprador tiene la accion de garantía contra el vendedor en caso de eviccion, debe aplicarse la *lex loci contractus*, no la del lugar donde la cosa se halla, la del destinado al pago, ni la del domicilio del

---

Merlin, *Cuest. de Der.*, v.° *acta auténtica*, § 2, c. 2; Idem, *Report.*, v.° *convenc. matrimon.*, § 1.

(1) Fœlix, l. c., núm. 100.

(2) Savigny, o. c., t. VIII, § 374.

vendedor. La razon es por que, aunque la accion de garantía es personal y debe ser regida, en cuanto á la forma, por la ley del domicilio del vendedor, por más que solo pueda ejercitarse cuando la eviccion pueda decirse verificada con arreglo á la *lex rei sitæ*, sin embargo, en cuanto al fondo, se deriva de la ley bajo que se obligaron los contratantes, y forma parte integrante de la obligacion del vendedor (1).

Por la misma razon, la «exceptio non numeratæ pecuniæ, »la exceptio escusionis, la exceptio doli» y otras análogas deben ser apreciadas con arreglo á la la ley bajo la cual tuvo orígen la obligacion.

293, Por último, en cuanto á las acciones de rescision, de revocacion, reduccion ó anulacion de una obligacion cualquiera, observamos que, si están fundadas en un vicio intrínseco del contrato, se rigen por la ley misma bajo que se obligaron las partes; si dependen de una causa extrínseca y posterior al contrato, ó de la incapacidad de los contratantes, deben apreciarse con arreglo á la ley del lugar en que el hecho se ha verificado, ó á la que está sujeta la persona.

La razon de esta doctrina, aceptada por Rocco, por Fœlix, por Voet, por Merlin y otros (6), está fundada en la consideracion que la accion *in rescisione*, es un efecto inmediato de la obligacion misma, porque, segun Merlin, se han reservado tácitamente las partes la facultad de rescindir el contrato en el caso en que se hubiese verificado una de las causas determinadas por la ley bajo que se obligaron. «Si en un lugar, dice Rocco, se hace una donacion condicional, para saber si la falta de cumplimiento trae consigo la rescision ó la nulidad de la donacion, debe aplicarse la ley bajo que ésta se hizo, no la del lugar en que existe la cosa donada ó en que debió verificarse la donacion.

294. Este principio debe aplicarse tambien á la accion redhibitoria por defectos ocultos de la cosa vendida, y á la rescision por causa de lesion en favor del comprador ó del

---

(1) Mascardús, *Concl.* 7, núm. 75; Rocco, parte 3.ª, cap. 8; Massé, *Derecho comercial*, etc., núm. 638.

(2) Fœlix, O. c., núm. 100; Rocco, parte 3.ª, cap. 10; Voet, *De Stat.*, seccion 9, cap. 2, núm. 20; Meter, § 40; Merlin. *Ef. retroac.*, sec. 3; Chabot, *Cuest. trans*, *Rescision* núm. 7.

vendedor. Massé (1) opina que, cuando la accion de rescision tenga por objeto un inmueble, debe regirse por el estatuto real, ó sea por la ley del lugar en que la cosa se halla situada, y segun ésta debe decidirse tambien la cuestion de si la venta de un inmueble puede ser atacada por lesion.

Esta es tambien la opinion de Fœlix, el cual parece caer en una contradiccion, puesto que admite que si la ley del contrato concede al comprador el derecho de rescindir la venta por lesion, debe valer su accion en Francia, no obstante el art. 1.683 del Código de Napoleon (2) que está conforme con el 1.536 del Código italiano; y en otra parte dice que debe aplicarse la *lex rei sitæ* para decidir si puede anularse por lesion la venta de un inmueble (3). Más fundada es la opinion de Rocco, segun la cual, para evaluar la lesion y determinar el valor efectivo de la misma, debe aplicarse la ley del lugar en que la cosa se halla situada; mas para decidir si la accion por lesion corresponde al comprador y al vendedor ó solo á uno de ellos, y si la lesion debe ser más de la mitad ó más de las dos terceras partes para rescindir la venta, debe aplicarse la *lex loci contractus*, porque las partes se han sometido tácitamente, para la rescision, á la misma ley de que depende la validez del contrato.

295. No están de acuerdo los jurisconsultos para determinar la ley que debe regir la prescripcion de las acciones.

Pothier (4) opina que debe ser regida por la ley del domicilio del acreedor. «Las rentas y las cosas que no tienen una situacion determinada, dice, son regidas por la ley del domicilio del propietario, el cual no puede ser despojado sino con arreglo á la ley á que está sometido, y por consiguiente la ley de su domicilio es la que debe regir la prescripcion.» Este razonamiento es poco fundado, porque supone que el acreedor es propietario, mientras que el objeto de la discusion es precisamente si aquel que no ha pedido el pago antes que espire el término para prescribir, debe considerarse todavía como

---

(1) *Derecho comun*, núm. 641.

(2) Fœlix, l. c., núm. 111.

(3) Idem id., núm. 93, y cita dos sentencias del Tribunal Supremo; de As., en Darstadt, el 19 de Marzo de 1819 y 1820.

(4) Pothier, *Prescripcion*, núm. 251.

acreedor, ó si debe suponerse que ha renunciado á su derecho y que el deudor ha adquirido un derecho contrario (1).

Los que consideran la prescripcion deliberatoria como una excepcion y un beneficio personal, creen que debe ser regida por la ley del domicilio del deudor (2). «Cuando la ley, dice Merlin (3), declara prescrito un débito, no anula el derecho del acreedor en sí mismo, lo que hace es oponer una barrera á su accion, y es por tanto evidente que no puede ser ésta regida por la ley del domicilio del acreedor, sino por las costumbres del domicilio del deudor.» Pero esta opinion no es tampoco muy fundada. En efecto, es evidente que la prescripcion es un *modus tollendi obligationem* favorable al deudor, pero no es tan claro que deba ser regida por la ley del domicilio de éste. Ya hemos notado anteriormente que, por más que segun los principios de la equidad deba existir un término, pasado el cual no sea permitido al acreedor, que abandone su crédito, ejercitar la accion, sin embargo, este término debe ser cierto y determinado, y no variar al arbitrio

---

(1) Massé critica de la manera siguiente la opinion de Pothier: «Así como el que pretenda ser propietario de un mueble que no posee, no podria fundarse en que este mueble debia regirse por una ley que no es ya la de su destino real y efectivo, y no argumentar apoyándose en su cualidad de propietario, cuando precisamente se trata de saber si lo es, así tambien el acreedor que no ha reclamado su pago antes de espirar el plazo, y ha permitido al deudor adquirir un derecho contrario, no puede presentar su cualidad de acreedor como preferible á la del deudor, sin dar por hecho lo que se cuestiona. Esto seria encerrarse en un círculo vicioso, porque es evidente que, en este caso, el deudor ó el poseedor podria, con tanto derecho como él ó el propietario, sostener que no podía privársele de su excepcion, por una ley á la que no estaba sometido. (*El Derecho comercial en sus relaciones con el Derecho de gentes*, tercera edicion, 1874, t. I, p. 491).

(*N. de P. F*).

(2) Voet, *Com. ad Pand.*, *De rerum divisione*, núm. 42; *De integ. rest.*, núm. 39; Burgundius, *Ad consuet. flandr.*, trac. II, núm. 23; Troplong, *Prescrip.*, núm. 38.

(3) Merlin, *Repert.*, vº *prescripcion*, sec. 1.ª, § 3, núm. 7; *Cuestion de Derecho*, § 15.

y voluntad de una de las partes con perjuicio de la otra. Aceptando la opinion de Merlin, que está conforme con las de Voet, y Dunod, y otros, se sigue que, trasladando el deudor su domicilio, puede abreviar el tiempo para la prescripcion (1).

Pardessus (2), para evitar este inconveniente, dice que se debe tener en cuenta la ley del domicilio del deudor en el momento en que se obligó; pero si la proscripcion ha de considerarse verdaderamente como un beneficio del deudor, parece razonable, como dice Merlin, que el deudor goce tambien de él en el nuevo domicilio, y que el acreedor se culpe á sí mismo de no haber obrado dentro del tiempo establecido por la ley de este último domicilio. Por lo demás, nosotros no aceptamos ninguna de ambas opiniones.

Por esta misma razon no participamos tampoco de la opinion de aquellos que querrian hacerla depender de la *lex fori* (3). Esta opinion, sostenida por Huber, por Boullenois y por la jurisprudencia de Inglaterra y de la América del Norte, se justifica con diversos argumentos. Huber dice: «Ratio hæc est, quod præscriptio et executio non pertinent ad »valorem contractus sed ad tempus et modus actionis insti- »tuendæ, quæ per se quasi—contractum separatumque nego- »tium constituit (4).» Otros la consideran como una excepcion perteneciente *ad ordinen judicii* (5); otros como un *benificium fori*, y se apoyan en que la ley local prohibe al juez proteger un derecho cuando ha trascurrido el término para hacerlo valer (6). Sin extendernos aquí en digresiones inútiles, observamos que la *lex fori* no es, por punto general, diferente de la *lex domicilii* del deudor, y que no siendo potestativo en el acreedor elegir el lugar en que puede ejercitar la accion, quedará entregado al arbitrio de su deudor.

---

(1) Voet, *De integr. rest.*, núm. 29; Dunód, *Prescripcion*, parte primera. cap. 14.

(2) *Derecho comercial*, núm. 1.495.

(3) Boullenois, t. I, p. 530; Tittmann, *De competencia legum externarum*, § 14; Story, § 577.

(4) Huber, *De conflictu legum*, núm. 7; Casaregi, *Discursus leg.*, 130, núm. 25; Everardo, *Const.* 78; P. Voet, *De Stat.*, § 10, c. 1, número 1.

(5) Meier, § 48.

(6) Titman, l. c.

296. La única opinion razonable que aceptamos es la de que la prescripcion liberatoria de las acciones que se derivan de una obligacion, debe ser regida por la misma ley que dicha obligacion. En efecto, si la obligacion jurídica vale tanto como el derecho del acreedor para obligar al deudor á la prestacion, se enlaza la duracion de la accion con la fuerza de la obligacion, y debe ser regida por la misma ley que el *vinculum juris*. Cuando dos personas se obligan, consienten tácitamente en que el término dentro del cual puede obrar la una contra la otra para obligarla al cumplimiento, debe depender de la ley misma bajo que nace la accion. «Cuando yo contrato, dice Demangeat, con un inglés en Inglaterra, donde supongo que las acciones prescriben á los 20 años, no es lo mismo que si hubiera dicho al deudor que deberia obrar contrá él antes de trascurrido este plazo (1).»

Esta, que es tambien la opinion de Savigny (2), merece la preferencia sobre todas las demás, ya porque es la más conforme con los principios, ya por motivos de equidad. En efecto, determinando de un modo cierto la ley de la prescripcion, se impide todo lo que una de las partes puede hacer en perjuicio de la otra. Cuando hay varias jurisdicciones competentes, puede elegir el actor, para intentar la accion, el lugar en que es más larga la prescripcion, y el defensor no puede trasladar su domicilio á otro lugar en que la prescripcion es más breve, para sacar de ello las ventajas consiguientes (3).

---

(1) Demangeat, *Condicion de los extranjeros*, p. 388.

(2) Savigny, *Derecho romano*, t. VIII, 271.

(3) M. Massé aprecia así esta opinion: «Tiene, dice, sobre la precedente, una ventaja práctica incuestionable. Es, en efecto, evidente que, si se admite como regla de la prescripcion la ley del lugar en donde se ha entablado la accion, se llegará á la consecuencia deplorable de que el acreedor podrá variar á su antojo la duracion de la prescripcion, segun que entable su demanda ante el tribunal del domicilio del deudor, ante el del lugar en que se hizo la oferta y se entregó la mercancía, ó ante aquel en cuya circunscripcion deberá efectuarse el pago; y podrá tambien de este modo hacerla incierta, de tal manera que, contra el fin de la prescripcion, que es el de determinar por un trascurso de tiempo cierto los derechos de los deudores y de los acreedores, se llegará á hacerlos inciertos y variables. Sin embargo,

# CAPITULO V.

## EXTINCION DE LAS OBLIGACIONES.

**297. Modos por los que se extingue la obligacion.—298. Ley que debe regir el pago en general.—299. Pago de una suma de dinero.—300. Idem hecho en papel-moneda.—301. Idem con subrogacion.—302. Condiciones para la eficacia de la subrogacion.—303. Subrogacion legal.—304. Renuncia voluntaria.—305. De la remision forzada del concordato homologado.—306. Opinion de Massé y de Rocco.—307. Nuestra opinion.—308. De la cesion de bienes y de otras instituciones y análogas.—309. De la novacion.—310. Ley que debe decidir si ciertos actos llevan consigo novacion.—311. Casos en que puede haber novacion.—312. Imposibilidad física ó moral de exigir el pago.—313. Extincion de la obligacion *oppe excepcionis*.**

297. El hecho jurídico por el cual se extingue directa y completamente la obligacion, es la exacta prestacion de la cosa debida. «Solutio est præstatio ejus quod in obligatione

---

no la veo fundada en derecho; porque, si bien es verdad que la prescripcion va aneja á la fuerza misma de la obligacion, y su efecto es librar de ésta al obligado, no lo es ménos que sólo se refiere á la ejecucion contra la que es una excepcion, y que nace precisamente de esta ejecucion, ó del tiempo en que se verifica. No es, pues, posible referirse al tiempo del contrato para encontrar la ley de la prescripcion; pero tampoco lo es referirse á la del lugar en donde se formula la demanda, por más que ésta dé orígen á la ejecucion y á la excepcion, porque esto seria subordinar el mérito de la accion á la compe-

»est.» La extincion puede depender tambien de un hecho cualquiera, que deje libre al deudor, ora anulando *ipso jure* el derecho del acreedor, ora haciendo nacer un derecho con-

---

tencia, y hacer regir el fondo por la forma.» Massé da la preferencia al sistema que hace prevalecer la ley del lugar del pago ó de la ejecucion, cuando se ha indicado un lugar determinado, y á la del domicilio del deudor, cuando no se ha indicado ninguno para el pago, porque entonces en este domicilio es donde debe cumplirse la obligacion. (*Derecho comercial*, etc., tercera edicion, 1874, t. I, p. 494 y 495).

En el tercer tomo de su Comentario sobre las obras de Wheaton, M. William-Beach-Lawrence resume de este modo la cuestion de la prescripcion: «En cuanto á la prescripcion, Savigny dice: «Muchos autores pretenden que las leyes sobre la prescripcion son leyes de procedimiento, y que, por consiguiente, deben aplicarse á todas las acciones ejercitadas en el país que rigen, sin consideracion al derecho local de la obligacion. Segun los verdaderos principios, no es ciertamente el derecho de lugar en donde se intenta la accion, sino el derecho local de la obligacion, el que debe determinar el tiempo de la prescripcion; y esta regla, establecida anteriormente para las excepciones en general, se adapta tanto mejor á la prescripcion, cuanto que los diversos motivos en que se apoya, se refieren á la esencia misma de la obligacion. Así, pues, esta doctrina ha sido adoptada en todo tiempo por muchos autores. Este principio, dice, ha sido tambien reconocido en 1843, en una sentencia por el Tribunal de revision de Berlin.» Fœlix se expresa en estos términos: «Como dice Merlin, la ley que declara prescrita una deuda, no destruye el derecho del acreedor en sí mismo; no hace más que poner una barrera á sus persecuciones. Ahora bien; ¿á quién corresponde fijar esta barrera? No cabe duda que debe ser á la ley que protege al deudor, y por consiguiente, á la ley de su domicilio. Así, pues, la prescripcion extinctiva se rige por la ley del domicilio que tiene el deudor en el momento de su demanda. Tal es tambien la opinion de Juan Voet, de Dunod y de Boullenois.»

Este último autor, y con él, M. Pardessus, limitan esta decision á los casos en que las partes no han determinado un lugar fijo para la ejecucion del contrato. Cuando se ha hecho esta determinacion, Boullenois y Pardesus pretenden que debe regirse la prescripcion por la ley de este lugar.

Cristino, Burgundius, Mantica, Fabre y Troplong, dicen tambien que la prescripcion debe regirse por las leyes del lugar en donde ha de ejecutarse la obligacion.

Segun Paulo Voet, Huber, Hommel, Weber, Tittman, Meier, Gunck, Mittermaier, Muhlembruch, Linde, Kent, Story, Burgé y un

trario por parte del deudor, *oppe excepcionis*. En Derecho romano se toma la palabra *solutio* en este significado: «So»lutionis verbum pertinet ad omnem liberationem quoquo mo»do fectam.»

---

decreto de la Cámara de los Lores de Inglaterra, la prescripcion se rige por la ley del lugar en donde la accion se entabla. Demangeat añade: «En definitiva, sobre la cuestion de saber cuál es la ley que gobierna la prescripcion liberatoria, se han emitido cinco opiniones distintas, á saber:

1.ª La ley del domicilio del acreedor.
2.ª La ley del domicilio del deudor.
3.ª La ley del lugar en donde el pago debe efectuarse.
4.ª La ley del juez encargado del asunto.
5.ª La ley del lugar en donde nació la obligacion.

Estas cinco opiniones han sido perfectamente expuestas por monsieur Massé.

La quinta opinion es la que, segun Demangeat, prevalece en la jurisprudencia.

Ha sido una regla constante en los tribunales de los Estados-Unidos, que el estatuto de proscripcion se aplique sólo al remedio y no al fondo mismo de un caso.

En el asunto de M. Emoile, vs. Cohen, se dice: «La prescripcion es una materia de administracion interior, procedente de la experiencia de su necesidad, y el límite del tiempo útil para entablar la demanda se ha establecido desde tiempo inmemorial por toda nacion, en virtud de la soberanía que tiene y por la que ejercita su jurisdiccion sobre todas las personas y las propiedades que á ella corresponden. No hay ninguna prohibicion constitucional ni ninguna cláusula en el Código fundamental de la que pueda deducirse legítimamente que los Estados no puedan legislar respecto á los recursos relativos á las sentencias de los tribunales de otros Estados, excluyendo toda inmixtion en los méritos del asunto.»

En otro caso, el Tribunal Supremo, refiriéndose al de M. Emoile, vs. Cohen, dice: «Una accion en uno de los Estados-Unidos, fundada en una sentencia de los tribunales de otro Estado, debe intentarse dentro del tiempo fijado por la ley local, la *lex fori*, en donde la accion se paralizara por la prescripcion. El estatuto de prescripcion de la Georgia puede ser invocado en una accion basada en el fallo de un tribunal del Estado de la Carolina del Sur.»

«Todos los jueces estaban presentes y suscribieron á esta decision. Nosotros creíamos entonces, y seguimos creyendo todavía, que tal decision se ha convertido en un formulario para la jurisprudencia in-

El pago, la renuncia voluntaria del crédito, la novacion, el mútuo disenso y la confusion, deben colocarse entre las causas que extinguen, tanto el elemento civil, cuanto el ele-

---

ternacional; que toda accion debe ser entablada en el tiempo prescrito por la ley del país en que se intenta, es decir, por la *lex fori*. Esta regla está plenamente admitida por la jurisprudencia extranjera, lo mismo que por la *Common law*. En aquella época citamos los precedentes en la ley comun (*Common law*) y un sumario de autoridades en jurisprudencia extranjera, entre las cuales se hallan Huber, Voet, lord Kames y Pothier, para probar que, cualesquiera que hayan sido las diferencias de opinion entre los jurisconsultos, el uso ha sido siempre que la *lex loci contractus* es la que define las obligaciones que resultan de los contratos, y que los estatutos de prescripcion que indican una época, despues de la cual no pueden los demandantes entablar una accion, á no hallarse en casos excepcionales, se aplican *ad tempus et modum actionis instituendæ*, y no *ad valoren actionis*.

Este punto ha sido examinado por Story en el Roy vs. Crowninshield, sin ninguna consideracion á las demás máximas reconocidas, que pueden referirse directamente á este objeto, entre otras, la de que la autoridad de toda ley está limitada al Estado donde se ha establecido; que no puede ser aplicada sino á aquellos que son súbditos de ese mismo Estado, ó que residen en su territorio; que no puede perseguirse á los deudores sino ante los tribunales bajo cuya jurisdiccion se hallen; que todos los tribunales deben juzgar, en cuanto á los remedios que deben aplicarse, con arreglo á sus propias leyes, á no ser que, por convenio ó por decisiones del tribunal, se haya establecido entre los Estados un *comité* á fin de que puedan ser aplicados por los tribunales de cada uno una ley ó un principio particular.

Por más que, segun Bestlake, la opinion que refiere esta cuestion á la *lex fori*, como una cuestion de procedimiento, se funda en sofismas dice este autor que ha sido establecida, sin embargo, tanto en Inglaterra como en Escocia, de una manera contraria á lo que él considera como la doctrina general de Europa.»

Philimore dice: «La doctrina que afirma que la prescripcion se rige por la *lex fori*, que es una cuestion de procedimiento que se refiere al remedio y no á la naturaleza de la obligacion, que forma parte de lo que los jurisconsultos llaman la *ordinatoria* y no la *decisoria litis*, todas estas proposiciones son mantenidas por los jurisconsultos. y están hoy muy arraigadas en la ley en Inglaterra, en Escocia y en los Estados-Unidos de América.» (William Veach Lawrence, Comentario III, edic. 1873, p. 404 y sig.)

(*N. de P. F.*)

mento natural de la obligacion respecto de toda persóna que en ello pueda tener interés. La entrega forzada de lo debido, la compensacion, la nulidad ó la rescision pronunciada por el magistrado y la prescripcion, extinguen siempre el elemento civil de la obligacion, pero no siempre el elemento natural. Hablaremos solamente de algunos mòdos de extincion que pueden dar orígen á conflictos de las legislaciones.

298. En general, considerada la solucion como un modo de extinguir la obligacion, es regida por la ley del lugar fijado para el cumplimiento de la obligacion misma. De aquí que todas las cuestiones acerca del modo cómo debe realizarse el pago, de la cualidad de las cosas que pueden ser pagadas, de las personas á quienes puede hacerse el pago á fin de que el deudor pueda decirse válidamente libre, de los efectos del pago por subrogacion, de los casos en que el deudor puede ser autorizado á librarse mediante el depósito precedido de la oferta real y de la forma de tales actos, deban regirse, sin duda, por la *lex loci solutionis*.

299. Cuando el deudor está obligado á pagar una suma, debe realizar el pago en metálico, en moneda de oro ó plata que tenga curso en el lugar y en el tiempo en que debe efectuarse dicho pago, y esto con arreglo al valor nominal de dichas especies en aquel momento. Es este un principio que sirve para distinguir en los cambios y en las contrataciones dos hechos y dos términos separados: la fijacion del precio que se deja á la libre voluntad de los contratantes, y el pago del precio convenido, que cae bajo el dominio de la ley del lugar en donde debe efectuarse. La ley es la que fija el curso legal de la moneda como valor legalmente reconocido en el cambio de todos los demás productos, y de todos los demás valores. De donde se sigue que, si entre la creacion de la obligacion y el tiempo del pago ha sufrido alteracion el valor de la moneda, el deudor debe siempre, á pesar de la rebaja, pagar la suma numérica debida con arreglo á la obligacion, y se libertaria por el pago de la misma suma numérica aunque dicho valor hubiese aumentado. Esta regla, que está fundada en motivos de interés público, no puede ser violada por ningun convenio en contrario.

Este principio no es aplicable cuando se ha convenido expresamente que el pago deberá hacerse en una especie y en una cantidad determinada de monedas de oro y de plata, ó

que el reembolso debe verfiiearse en la especie y cantidad de monedas de oro ó de plata que se prestaron, ó que debe hacerse en moneda extranjera. En este caso, cuando el valor intrínseco de las monedas se ha alterado, cuando han dejado de circular, ó cuando no sea posible hallarlas en el lugar en que el pago debe efectuarse, puede el deudor pagar en monedas que tengan curso legal, pero está obligado á abonar el equivalente del valor intrínseco que tuvieran las monedas en la época del contrato, ó el equivalente del valor en cambio, si la especie se ha determinado en moneda extranjera (1).

300. Cuando en el intervalo entre el dia de la obligacion y el del pago, hubiere sustituido el papel-moneda á la moneda metálica, ó cuando el curso de los billetes de Banco hubiera sido declarado obligatorio puede surgir la cuestion de si el deudor debe considerarse válidamente libertado, pagando en la moneda que tiene curso forzoso en el lugar en que el pago debe verificarse. Pardessus es de parecer que, cuando el acreedor y el deudor son extranjeros, ó cuando el deudor es ciudadano y el acreedor extranjero, no debe tenerse en cuenta la denominacion legal en la época del pago, sino el valor intrínseco de la moneda en la época del contrato. Cuando Pedro, (español), ha prometido pagar á Pablo (francés) 500 piastras, entendió Pablo que recibiria una cantidad de piezas metálicas equivalente á una cantidad determinada de plata y de liga, y su cálculo se basó, naturalmente, en la moneda que existia en la época del contrato. No puede estar obligado á obedecer ó á prestar fé al Gobierno extranjero y á creer que por una órden del Gobierno, un papel en el que se halla un *bono de 500 piastras*, las valga realmente (2).

Tal es tambien la opinion de Massé (3). Pero ambos creen

---

(1) Véase Zacarías, § 318; Massé, *Derecho comercial*, núm. 610 y siguientes; Merlin, *Cuest.*, v.° *pago*; Toullier, t. VII, p. 54; Dalloz, *Jurisprudencia general*, v.° *Obligaciones*.

(2) Pardesus, *Dderecho comercial*, núm. 1.195, *bis*.

(3) «Cualquiera que sea, por otra parte, dice Massé, la moneda estipulada, y en cualquier lugar que lo haya sido, deberá hacerse siempre el pago en la moneda corriente del lugar en donde se ha efectuado. No sucederia otra cosa aunque hubiesen fijado expresamente el pago en una moneda determinada. Si la moneda corriente en el país

que el francés no puede proceder contra su deudor en España, y que los tribunales no pueden condenarle á pagar en moneda diferente; pero sostienen que el francés puede demandar en Francia á su deudor, y obligarle á que le pague en moneda francesa una suma igual al valor de la materia que contenian las 500 piastras en la época del contrato.

No podemos aceptar semejante opinion, porque está en contradiccion con el principio incontrovertible de que todo lo que se refiere al *modus solutionis* debe regirse por la ley del lugar en que el pago ha de verificarse. La determinacion de los valores y la fijación del precio, se dejan, en efecto, á la libre eleccion de los contratantes; pero el *modus solutionis* de los créditos anteriormente evaluados y del precio ya fijado, está sometido á la ley del lugar en donde el pago debe realizarse. De donde se deduce que, si por razones de interés público, ha dispuesto la ley que los billetes de Banco se den y reciban en los pagos como dinero contante, por su valor nominal, no obstante las disposiciones de la ley ó pacto con-

---

en donde se haya de hacer el pago consistia en moneda metálica de un valor real inferior á su valor legal, ó en un papel moneda depreciado, el acreedor que su nacionalidad someteria á las leyes que han atribuido á esta moneda un valor que no tiene, ó que han creado un papel sin valor, seria indudablemente obligado á recibir uno ú otro por su valor nominal. No sucederia esto si el acreedor fuese extranjero, en cuyo caso se veria obligado á recibir la moneda ó el papel del país, pero sólo por su valor real. No podria, ciertamente, obligar al deudor, en el país en que se hiciese el pago, á abonarle la diferencia si la ley de dicho país se oponia á ello; pero este deudor, no se veria completamente libre y podria ser citado por el acreedor extranjero ante los jueces de éste, y ser válidamente condenado á completar el pago, y seria ejecutado sobre todos los bienes que tuviese el país extranjero á disposicion del acreedor. Por lo demás, no es necesario recurrir á este extremo; sucede con frecuencia que las leyes de un país cuyo valor monetario ha decaido, establecen, en interés del comercio, reglas particulares para los pagos que hayan de hacerse á los extranjeros. Esto es lo que se hizo particularmente en Francia bajo la regencia, cuando se adoptó el célebre sistema de Law (regla del 27 de Mayo de 1719), y más tarde con el papel-moneda de los asignados (ley de 25 de Noviembre, año IV).» (*El Derecho comercial en sus relaciones con el Derecho de gentes*, edic. de 1874, t. I, p. 548).

trarios, no podrá el acreedor negarse á tomar los billetes ni rebajar su valor. No hay que decir que es extranjero, porque contestaremos que está sometido á la ley del lugar en donde se ha estipulado el pago, para todo lo que se refiere al ***modus solutionis***, y que no puede eludir el cumplimiento de las disposiciones de la ley que rige el pago de los créditos ya estipulados y del precio ya fijado.

Es verdad que esta solucion perjudica en cierto modo los intereses del acreedor, el cual, de hecho, recibe menos de lo que contaba recibir; pero esto no puede imputarse al deudor y debe considerarse como una de tantas eventualidades que hacen perder al comerciante una parte de las ganancias que esperaba realizar. De cualquier modo, si el mismo Pardessus reconoce que el acreedor no puede citar al deudor y hacerle condenar por los tribunales del país en donde debe exigir el pago, no podemos admitir que pueda hacerlo por medio de los tribunales de su patria. Si despues de la negativa ha hecho el deudor la oferta real y el depósito con todas las formalidades exigidas por la ley del lugar del pago, y tales ofertas se han juzgado válidas y suficientes para libertarlo como equivalentes al pago, no sabemos con qué título podria el magistrado del domicilio del acreedor obligar al deudor á pagar de otro modo, siendo así que todos los escritores están de acuerdo para sostener que el *modus solutionis* debe regirse exclusivamente por la ley del país en que al pago haya de verificarse. «Estimatio rei debitæ, dice Everardo, considera»tur secundum locum ubi destinata est solutio seu liberatio: »non obstante quod contractus alibi sit celebratus, ut videli»cet inspiciatur valor monetæ qu' est in loco desdinatæ solu»tionis (3).»

301. Acerca del pago verificado por subrogacion, creemos oportuno notar que, no importa el lugar en que se ha consentido la subrogacion, ya por el acreedor sin la intervencion del deudor, ya por éste sin el asentimiento de aquel, se rigen

(1) Everard., *Consit.*, 78; véase Toullier, t. IV, n. 587; *Troplong. Del prest.*, y núm. 256; Voet, *De Int.*, y § 9, 12 y 15; Vinnio, *Ad instit.*, lib. III, tít. XV; *De mutuo com.*, núm. 12; Bartol., *In leg.*; *Paulus*, 101, *De solutionibus*; Balde, *De leg.*, *res in dotem*, 24, *De jur. dot.*; Castro, lib. III, *De rebus creditis*; Boerius, *Decis.*, 327.

siempre sus efectos por la ley que ha regido *ab initio* la obligacion primitiva y su ejecucion; porque el pago con subrogacion no lleva consigo novacion. Esta consiste, en efecto, en una ficcion jurídica admitida ó establecida por la ley, en virtud de la cual se entiende que una obligacion estinguida mediante el pago efectuado por un tercero, ó por el deudor mismo con dinero de un tercero, continúa existiendo en favor de éste que está autorizado á ejercitar los mismos derechos y acciones que el antiguo acreedor. Por una ficcion jurídica, forman el antiguo y el nuevo acreedor una sola persona, y esto es por la que las acciones que puede ejercitar deben ser determinadas con arreglo á la ley que ha regido *ab initio* la obligacion primitiva y su ejecucion.

Tambien debe aplicarse este principio cuando la subrogacion ha sido consentida por un acreedor extranjero, y el acreedor subrogado sea del mismo país que el deudor; el subrogante ejercitará todos los derechos del antiguo acreedor, que deberán ser siempre determinados con arreglo á la ley que regia la obligacion de su compatriota en beneficio del extranjero.

302. Debemos observar, sin embargo, que, para que la subrogacion pueda ser judicialmente eficaz, debe hacerse con arreglo á la ley del lugar en donde ha de hacérsela valer, como hemos dicho en el capítulo precedente; y por esto es por lo que la subrogacion, aunque verificada en un país extranjero. no puede oponerse á los terceros en Italia, si se ha hecho en un escrito distinto del finiquito, por más que ambos tengan la misma fecha. Sea cualquiera la ley del lugar en que se verifica la subrogacion, se opondrá á su eficacia en Italia la disposicion del art. 1.252 (1); no podrá aplicarse

---

(1) Hé aquí los términos del citado artículo del Código italiano: La subrogacion es convencional: 1.° Cuando el acreedor, al recibir el pago de una tercera persona, la subroga en los derechos, acciones é hipotecas que tiene contra el deudor: esta subrogacion debe ser expresa y hecha al mismo tiempo que el pago; 2.° cuando el deudor toma prestada una suma á fin de pagar su deuda y subrogar al prestador en los derechos del acreedor. Para la validez de esta subrogacion, es necesario que el acta del empréstito y del saldo de cuentas tengan una fecha cierta; que en el acta ó documento del préstamo se declare que la suma ha sido tomada para hacer este pago, y que, en el mencio-

el principio *locus reget actum*, porque la subrogacion hecha en un documento distinto del finiquito equivale á una contradeclaracion, y el art. 1.318 del Código civil dispone que: «Las contradeclaraciones hechas por documento privado, no pueden tener efecto sino entre las partes contratantes y sus sucesores á título universal.» Esta disposicion es absoluta, general y prohibitiva, y tiene por objeto defender los intereses de los terceros, y no solamente los de los contratantes.

303. En cuanto á la subrogacion legal, haremos notar que tiene lugar de pleno derecho por efecto de la ley, bajo la cual se verifica el hecho en cuya virtud fué concedida, y debe ser reconocida universalmente, porque, por más que se derive de la ley, no es una concesion, sino un derecho de la parte, garantizado y reconocido por la ley civil. Tal es, por ejemplo, la subrogacion que se deduce de pleno derecho del pago por intervencion de una letra de cambio, y la subrogacion sucesiva de los endosantes en los derechos del portador contra los co-obligados que les preceden.

En materia comercial puede surgir una duda importante en cuanto á la subrogacion del comisionista que compra la mercancía por cuenta del comitente y la paga de sus propios fondos. No todas las leyes admiten la subrogacion de pleno derecho en este caso: en Francia, en donde la subrogacion está sancionada por la jurisprudencia (1), discuten los jurisconsultos si se deriva de la ley y del art. 1.251 del Código

---

nado saldo, se declare que el pago se ha hecho con el dinero suministrado al efecto por el nuevo acreedor. Esta subrogacion se verifica sin el concurso de la voluntad del acreedor.

(1) Cas. fran., 14 Noviembre de 1810; Dev. 3, 1, 258; Ruen, 4 de Enero de 1825; Dev. 8, 1, 2.

Este es, en efecto, un ejemplo notable de la subrogacion legal en beneficio de aquel que tiene interés en pagar una deuda á que estaba obligado por unos ó por otros. Trátase de la subrogacion verificada en beneficio de un comisionista encargado de comprar mercancías por cuenta de su comitente, y que las ha pagado de sus propios fondos; este comisionista es subrogado de pleno derecho al vendedor, de tal modo, que si el comitente llega á quebrar, el comisionista puede reivindicar las mercancías vendidas, como hubiera podido hacerlo el vendedor mismo. Esto es lo que ha resuelto el Tribunal de Casacion en 14 de Noviembre de 1810: «Considerando que el comisionista tuvo

de Napoleon, ó de los usos comerciales (1). Si hay divergencia entre la ley del país del comitente y la del comisionista, podrá surgir la cuestion de si, en el caso de quiebra del primero, tendria el segundo derecho á reivindicar las mercancías vendidas, como hubiera podido hacerlo el vendedor. Sin ocuparnos en discutir si hay subrogacion segun tal ó cual ley, creemos que ha de ser siempre con arreglo á la del comisionista como se ha de decidir si la subrogacion procede de pleno derecho, y, en caso afirmativo, debe producir sus efectos, áun cuando la ley del comitente fuera diversa, porque los efectos del contrato de comision y los derechos del comisionista dependen siempre de la ley del lugar en donde la comision se ha verificado (2).

304. La renuncia, en general, mediante la cual abandona el acreedor un crédito que le pertenece, y la entrega de la deuda en particular, forman parte de los medios, por los cuales puede extinguirse una obligacion. Para hacer ó aceptar una renuncia, debe ser la persona capaz de dar ó recibir á título gratuito, y esto debe determinarse con arreglo á la ley á que la persona está sometida. Los efectos de la entrega voluntaria frente á los co-deudores solidarios y á los fideyusores, son regidos por la ley á que está sujeta la obligacion principal. Así, por ejemplo, la entrega voluntaria consentida por el tenedor de una letra de cambio no modifica la obligacion solidaria de los endosantes ni sus acciones, que son siem-

---

interés en pagar el importe de la venta que se le habia hecho y que al pagarlo habia subrogado de pleno derecho el lugar y puesto de los vendedores, conforme al art. 1.251 del Código civil...» Véase además la sentencia del tribunal de Rouen del 4 de Enero de 1875 dictada en este mismo sentido. (Massé, *Derecho comercial*, edicion de 1874, t. IV, p. 68.)

(*N. de P, F.*)

(1) Delamarre y Lepoitevin, *Contrato de comision*, t. II, p. 718 y sig. Mr. Massé combate esta última opinion y la señalada como una consecuencia del peligroso sistema, que consiste en emancipar al comercio de las reglas fijas establecidas en el Código civil, considerado como complemento natural y necesario del Código de comercio para correr tras reglas fugitivas, inciertas y variables, á las que se adorna con el nombre de usos comerciales. Massé, l. c., p. 69.

(2) Véase el cap. 1.º, n. 248.

pre regidas por la ley del país en donde se extendió la referida letra, y por esto, si el endosante se ha obligado despues á pagar al portador por el librador, puede, á pesar de la entrega, proceder contra él conforme á la ley que regia *ab initio* la obligacion solidaria (1).

Los actos suficientes para probar la renuncia ó la entrega voluntaria respecto del deudor, deben ser apreciados con arreglo á la ley del lugar en donde el pago debia verificarse.

305. La entrega forzosa puede tener lugar respecto de las obligaciones comerciales, y en ciertos casos especiales, que merecen una atencion particular. El comerciante en quiebra que ha obtenido un concurso de acreedores, queda libre respecto de estos hasta la entrada de fondos, y es responsable de las sumas reducidas. El concurso regularmente homologado es un título que puede oponerse siempre y en donde quiera á los acredores que lo han concedido y á toda persona interesada. Segun ciertas leyes, tales, por ejemplo, como la nuestra (art. 628) y la francesa (art. 16 del Código del Comercio), el concurso homologado es obligatorio para todos los acreedores, hayan ó no presenciado el balance y estén ó no verificados sus créditos, y hasta para los acreedores residentes en el extranjero. Este perdon forzoso, que se deriva de una disposicion de la ley, para todos aquellos que no han justificado sus créditos y que perdieron el derecho á hacer la oposicion, es válido en todo el territorio en donde impera la ley de donde procede, y por esto es por lo que el concurso homologado por un tribunal italiano es un título que puede oponerse en Italia á todos los acreedores, tanto nacionales

---

(1) Véase Pothier, *Contrato de cambio*, n. 182; Delvincurt, *Derecho comer.*, t. II, p. 170; Pardessus, n. 314; Nouguier, t. I, p. 254.

Esto no está muy claro. Recordemos, sin embargo, el principio de que la entrega hecha á uno de los endosantes co-obligados al pago de una letra de cambio, que son á la vez co-deudores y cauciones los unos de los otros, no libra á los demás co-obligados contra los que el portador puede proceder siempre, mientras que la entrega hecha al pagador, que es el obligado principal, libra á los endosantes que sólo están obligados como cauciones para el caso en que el aceptante no pagase. (Massé, *Derecho comercial edit.* de 1874, t. IV, p. 127.)

(*N. de P. F.*)

como extranjeros, hayan justificado ó no sus créditos. Puede surgir la duda de si podrá oponerse igualmente ante los tribunales de otra nacion contra los acreedores extranjeros.

306. Massé sostiene la negativa, y se funda en las razones siguientes: el concordato es un modo particular de liberacion establecido por la ley, y no puede oponerse sino contra aquellos que, por su nacionalidad, estén sujetos á la misma ley. Supone que el acreedor ha abandonado una parte de su crédito, y si no consiente en abandonarlo, lo suple la ley consintiéndolo por él. Hay, pues, necesidad, para poder oponer el consentimiento presunto de que la ley, en virtud de la cual nace la presuncion, obligue al acreedor ó esté sometido á ella de un modo cualquiera. Es verdad que un acreedor extranjero que no se ha adherido al concurso no puede obtener en Francia derechos más ámplios que los acreedores franceses, porque en este país no se admiten dos clases de acreedores, ni se prefiere á los extranjeros con ó sin perjuicio de los nacionales; pero si cita ante el tribunal extranjero á sn deudor, éste último no puede útilmente oponerle el concurso a que no se ha adherido. Asimismo, un extranjero que ha sido declarado en quiebra en su país y que ha obtenido en él un concurso, no puede prevalerse de este en Francia para oponerse á la accion contra él ejercitada por un acreedor francés (1).

Esta doctrina ha sido consagrada en Francia por el tribunal ordinario y por el tribunal régio de París (2), que han decidido que un concurso verificado en país extraño y homologado por el tribunal extranjero no puede oponerse en Francia contra un acreedor francés que no se hubiese adherido á él; pero la han impugnado Lainné (3) y Rocco (4), cuyo parecer es que, cuando el concurso es declarado ejecutorio por el magistrado del país del acreedor, puede oponerse contra aquel, por más que haya sido homologado por un tribunal extranjero.

---

(1) Massé, *Derecho comercial*, etc.. n. 613.

(2) París 25 de Febrero de 1825. (Asunto Pedemonte.)

(3) Lainne, *Coment. analítico sobre la ley del* 8 *de Junio de* 1838, p. 254, sobre el art. 516.

(4) Rocco, parte 3.ª, cap. 33, p. 379, edicion Livourne.

307. La opinion de Mássé no nos parece aceptable. En primer lugar, no admitimos que la ley del deudor no obligue al acreedor, por más que sea extranjero. Es verdad, en efecto, que cada acreedor puede pedir la prestacion en donde quiera que encuentre una jurisdiccion á la que el deudor se halle sometido, y que puede suceder que el lugar en donde la obligacion debe ejecutarse sea diferente de aquel en que se ha declarado la quiebra. A pesar de esto, como demostraremos más ámpliamente en su lugar oportuno, en caso de quiebra, debe prevalecer la jurisdiccion personal sobre la especial de la obligacion, y si el extranjero es un acreedor quirografario, no puede exigir su crédito ni ejercitar su accion persónal sino en el domicilio del concursado (1). Despues de haber demostrado que todo lo que se refiere al pago debe ser regido por la ley del lugar en donde es exigible el crédito, y que, segun la misma ley, debe determinarse tambien si ciertos actos equivalen á una renuncia ó á un perdon total ó parcial; concluimos diciendo que, cuando la ley del domicilio del concursado dispone que los acreedores que no han justificado sus créditos en un plazo determinado, sean considerados como si hubiesen consentido tácitamente el convenio ó concurso aceptado por la mayoría: semejante disposicion obliga tambien á los acreedores extranjeros que están sometidos como los demás á la ley del lugar en donde deben y pueden hacer que se les pague.

A más de esto, está en el interés recíproco de los Estados y del comercio, cosmopolita por su naturaleza, admitir la unidad y la universalidad del juicio de quiebra, porque el procedimiento relativo como accion personal, no puede ser instruido sino por el magistrado del domicilio del concursado, y porque somos de parecer que el convenio homologado por el tribunal de la quiebra puede ser opuesto contra los acreedores extranjeros, tanto ante los tribunales del país en donde la quiebra se ha declarado, como ante los de los otros Estados (2).

En cuanto á lo que dicen Rocco y Lainné, segun los cuales es necesario que el concurso, al cual concede la homolo-

---

(1) Véase más adelante, cap. X, *De las quiebras*.
(2) Idem, id.

gacion el tribunal del concursado, sea declarado ejecutorio por el magistrado del acreedor extranjero, para que pueda serle opuesta (1), observamos que la homologacion no puede equivaler á una sentencia emanada de un tribunal extranjero, sino que es más bien un acto de proteccion en interés de los acreedores que han consentido en el concurso, ya sea expresa, ya tácitamente y por presuncion, que es necesaria para elevar un contrato privado á acto público, y que tiene por efecto hacer eficaz el contrato contra los que lo consienten. Massé dice que, cuando la quiebra se ha declarado en país extranjero, y el quebrado ha obtenido en él un concurso homologado, no es necesario hacerlo declarar ejecutorio por el magistrado francés para poder oponerlo en Francia á los acreedores franceses que han concurrido. Paréceme fuera de toda duda que este juicio no necesita que se haga ejecutorio en Francia. El concurso es una especie de contrato voluntario entre el quebrado y sus acreedores, y que es obligatorio por sí mismo para todos aquellos que en él han tomado parte (2). Inferimos, de aquí, que así como el concurso puede oponerse contra aquellos que se han adherido á él efectivamente, sin que sea necesario declararle ejecutorio por el magistrado del país del deudor, debe poderse oponer tambien contra aquellos que no se han adherido expresamente, sino que se consideran por presuncion de la ley como si se hubiesen adherido. Admitida la primera parte de nuestro razonamiento, hay que admitir por fuerza la segunda, y por eso concluimos que el concurso homologado debe poder oponerse universalmente, conformándose con lo que dispone la ley bajo la cual se ha realizado el juicio de quiebra.

308. Los principios expuestos en cuanto al perdon forzoso de una parte de la deuda, que puede tener lugar por obligaciones comerciales, no son aplicables á ciertos modos especiales por los que un deudor no comerciante, que no puede pagar sus deudas, puede librarse de las acciones que puedan entablar contra él sus acreedores. Segun el Derecho romano, por ejemplo, ciertas personas gozaban del privilegio de no estar obligadas al cumplimiento de una obligacion, sino en

---

(1) L. c. p. 379; Rocco, parte 2.ª, cap. 33.
(2) Massé, *Derecho comercial*, etc., n. 811.

el límite de lo que podian hacer, sin quedar privadas de lo necesario para su subsistencia (1). Este privilegio, llamado *beneficio de competencia*, podia ser opuesto por los que de él gozaban, áun despues de la sentencia (2). Entre los demás modos, se ha concedido un beneficio semejante al deudor de buena fé que hace cesion de los bienes (3).

El Código de Napoleon admite tambien la cesion de bienes voluntaria y judicial, la cual consiste en la cesion que el deudor hace de todos sus bienes á sus acreedores, para librarse de sus persecuciones, sea en virtud de un convenio, sea por la intervencion de la autoridad judicial cuando estos lo rehusan. De estos dos medios, está prohibido el segundo á los comerciantes; pero le conviene en gran parte una institucion creada por la ley del 17 de Julio de 1856, y designada con el nombre de *concordat par abandon* (4). En Escocia se admite la cesion de bienes en favor de los comerciantes condenados á prision, ó presos por deudas, los cuales pueden obtener una órden para librarse del arresto por medio de la *cessio bonorum*; y la autoridad competente para ello es el scherif del lugar (5).

Estas instituciones y otras análogas, aceptadas por las demás legislaciones, no tienen por efectó extinguir la obligacion, sino poner un obstáculo á la accion del acreedor, y limitar su derecho de exigir el pago. Segun el Derecho romano, en el que tienen su fundamento las legislaciones modernas, la *cessio bonorum* no libra absolutamente al deudor,

---

(1) Dig. XLII, 1; Instit., *De actionibus*, libro IV, tít. VI, § 38; Digesto, lib. l., tít. 17, *De regulis juris*, l. 28 y 173.

(2) Dig. *De reg. judicata*, l. 41, § 2, l. 72, *De reg. jur.*, L. 41, § 2.

La referencia al Digesto no corresponde á la idea admitida por el autor: recordemos á este propósito la forma en que debia invocarse el *beneficium competenciæ*. El defensor hacia insertar una excepcion en la fórmula, y esta excepcion se aplicaba á la *condemnatio*.

(*N. de P. F.)*

(3) Digesto, *De cesione bon.*, XLII, 3; Código, *qui bon ced. possunt*, VII, 71. Novela 135.

(4) Código civil, art. 1265 á 1270; Massé, *Derecho comercial*, numero 2186; Pardessus, *Derecho comerciat*, n. 1327.

(5) Leon Levi, *International com. laws.*, p. 1025.

sino cuando el acreedor ha quedado completamente satisfecho; pero produce, sin embargo, el efecto de librarlo del arresto: «Qui bonis cesserint, nisi solidum creditor receperit, »non sunt liberati. In eo enim tantum modo hoc beneficium »eis prodest, nec judicati detrahantur in carcere (1).»

Siendo tales beneficios un favor concedido por el legislador, no pueden tener efecto en país extranjero, cuando el *forum contractus* sea diferente de el del domicilio del deudor. Únicamente puede ser eficaz en todas partes la cesion de bienes cuando ha sido voluntariamente aceptada por los acreedores; pero si se trata de una cesion judicial de bienes, no puede producir efectos en país extranjero, porque de hecho, el deudor no está enteramente libre. Por consiguiente, si ha sido citado y condenado á prision en país extranjero, no puede invocar el beneficio de la ley de su domicilio para sustraerse á la condenacion.

309. La *novacion* consiste en realidad, en el hecho de sustituir la deuda antigua con una nueva obligacion ó con una nueva deuda. «Novatio est prioris debiti in aliam obligatio»nem vel civilem vel naturalem transfusio ad quœ traslatio, »hoc est, cum ex precedenti causa ita nova constituitur ut »prima perimatur (2).» De cualquier modo que la novacion se realice, siendo así que consiste siempre en la transformacion contractual de una obligacion en otra, hace cesar *ipso jure* la primera obligacion con todos sus accesorios, y es regida, en

---

(1) L. 1.ª, Código, *qui bonis cedere possunt*, libro VII, tít. 71.

El deudor que habia hecho cesion de bienes, permanecia, en efecto, sujeto á sus acreedores, cuando estos no habian hecho más que un dividendo. Si el deudor adquiria nuevos bienes, podian los acreedores ejercitar contra él nuevas persecuciones y proceder á nueva venta; pero estas nuevas persecuciones solo estaban autorizadas en cuanto los bienes así adquiridos por el deudor tenian cierta importancia. Además, cuando el pretor concedia accion contra él, la condenacion no se pronunciaba sino hasta donde alcanzaban sus facultades. Por medio de una excepcion particular, *nisi bonis ceserit*, era como el deudor verificaba el beneficio de que se trata (Demangeat, *Curso elemental de derecho romano*, 1866, t. II, p. 608 y sig.

(*N. de P. F.*)

(2) L. 1.°, Dig., *De novationibus*, lib. XIV, tít. 2.

cuanto á los efectos, por la ley bajo cuyo dominio se verifica, no por la que rige la obligacion anterior que ha servido de causa á la nueva. Resulta de esto que, cuando el acreedor que ha consentido en la novacion, tiene la capacidad exigida en materia de renuncia, nó puede aspirar á ejercer las acciones ni invocar las excepciones ó las garantías de cualquier naturaleza que sean á que tenga derecho con arreglo á la ley primitiva de la obligacion, sino que debe regirse por las disposiciones de la ley bajo la cual consiente en la novacion, porque bajo esta ley es bajo la que se hace perfecta la nueva obligacion.

310. Con arreglo á la ley misma, bajo la cual se ha realizado el hecho de que se quiere hacer depender la novacion, es como debe decidirse si hay novacion ó nó, y si ésta, que nunca se presume, puede derivarse, sobre todo en materia comercial, de hechos ó de documentos verificados entre las partes, no obstante la falta de términos sacramentales ó equivalentes. Siendo esto así, sobre todo en materia comercial, hay que ser muy circunspectos para no hacer novaciones, á fin de no perder las garantías que se tenian, segun la ley del lugar en donde las partes se han obligado.

341. En las ventas comerciales, por ejemplo, sucede con frecuencia que la mercancía se vende en un país, y el precio se paga en país diferente. Hasta que se ha realizado el pago, goza el vendedor de todas las garantías y de todos los privilegios que se derivan del contrato ó de la ley en que este se llevó á cabo. Por lo comun, el comprador dá al vendedor letras de cambio por un valor igual al precio estipulado, lo cual, en el lenguaje de los comerciantes, se dice *hacer el arreglo* (*fare il regolamento*); y sucede con frecuencia que la venta se hace en el domicilio del vendedor y el arreglo en el del comprador. Si semejante operacion *novase* el crédito primitivo, el comprador estaria obligado, en virtud de las letras de cambio, y no en virtud de la obligacion primitiva; por consiguiente, el comprador no tendria los derechos ni las garantías que proceden de la venta con arreglo á la ley del contrato, sino solo á aquellas que se derivan de las letras de cambio, con arreglo á la ley del lugar en donde han sido suscritas.

Para decidir la cuestion sobre si la creacion de estos nuevos títulos de obligacion forma ó no novacion, debe aplicarse

la ley del lugar en donde se ha hecho el arreglo. Por punto general, cuando el vendedor no pone el recibo en la factura ó entrega un recibo condicional, es decir, subordinado al pago efectivo de los valores recibidos por él en el arreglo, no puede haber duda en que hay novacion, porque la obligacion primitiva no se ha extinguido, y las letras de cambio, segun dice Casaregi, «semper inteliguntur datæ pro solvendo et non pro soluto,» es decir, que no constituyen un pago actual, sino que aseguran un pago futuro, y por esto es por lo que no libran al deudor sino bajo la condicion de la entrega efectiva. Pero si el vendedor habia escrito debajo de la factura un recibo puro y simple, y no resultase de la anunciacion de las letras de cambio que estas se refieren á la venta, como si, por ejemplo, se hubiera extendido con la indicacion de valor en cuenta, podria sostenerse con razon que la obligacion del deudor, deberia regirse por la ley del lugar en donde se han extendido las letras, porque la obligacion primitiva se habria extinguido, y el deudor no estaria obligado sino en virtud de las letras suscritas (1). Es ésta una cuestion muy grave que debe evitarse, ya firmando el recibo subordinado al pago efectivo de los valores, ya enunciando en las letras de cambio que estas representan el precio de la venta.

Uno de los casos en que indudablemente sucede la ley del lugar en donde se verifica la novacion á la ley primitiva del contrato, es el de la letra de cambio extendida en un punto sobre otro, para cuyo pago acepta el portador la sustitucion del pagador al librador. Si el portador de la letra de cambio aceptada concede, al vencer, un plazo al aceptante, haciendo sustituir la primera con una segunda aceptacion, sin el consentimiento del librador, semejante sustitucion trae consigo novacion, y los efectos que de ella se desprenden son regidos por la ley del lugar en donde la sustitucion se ha consentido. El librador y los endosantes no están ya solidariamente obligados con el pagador, con arreglo á la ley del lugaren donde la letra ha sido girada y endosada, sino que el aceptante asume solo obligacion á que antes estaban sujetos

(1) Véase Pardessus, núm. 221; Delamarre y Le Poitvin, t. II, número 376; Martin, repertorio V°. *novation*, Metz, 26 de Enero de 1854; Dev. 1854, 2, 743; Reg. 1 de Abril de 1811; Dalloz, 1811, 1. 335.

los demás coobligados, y su deuda se rige exclusivamente por la ley del lugar en donde la sustitucion fué consentida (1).

312. La obligacion puede extinguirse cuando la prestacion á que se refiere se hace física ó legalmente imposible. En este caso, debe tenerse en cuenta la ley del lugar en donde ha tenido su origen la la obligacion, para decidir si se convierte en una obligacion de daños y perjuicios, ya sea porque el obstáculo que se opone al cumplimiento es el resultado de una falta imputable al deudor, ya porque es responsable del caso fortuito ó de la fuerza mayor por causa del retraso.

313. En cuanto á los conflictos que pueden surgir en los casos en que la obligacion se haya extinguido *oppe exceptionis*, es necesario tener en cuenta los principios ya expuestos en el capítulo precedente.

---

(1) Véase rej. 21 de Marzo de 1808 (asunto Cabarrús); Sirey, 1808; 1.° 245.

# CAPITULO VI.

## DE LA FORMA DE LOS CONTRATOS.

**314. Ley que debe regir la forma de los actos.—Fundamento jurídico del principio *locus regit actum*.—316. Distincion entre las formas esenciales y las necesarias.—Ley que debe regir la forma del contrato.—318. Autenticidad del acto.—319. El principio *locus regit actum* se aplica tambien á los contratos verbales.—320. En qué casos es lícito seguir las formas prescritas por la ley de la pátria.—321. Dificultades que pueden surgir cuando un contrato ha sido estipulado entre nacionales y extranjeros.—322. Contratos que dan orígen á un derecho real.**

314. La validez de un contrato está siempre subordinada á la observancia de ciertas formalidades; es necesario, por consiguiente, que el documento destinado á confirmar la obligacion de las partes, sea redactado con arreglo á ciertas formas determinadas por la ley.

Todos los autores admiten que la forma exterior, tanto de los actos jurídicos como de las instrumedtales, es decir, de los contratós, disposiciones, declaraciones, reconocimientos y escrituras destinadas á confirmarlos, deben ser regidos por la ley del lugar en donde dichos actos se han concluido, estipulado y redactado, de suerte que, para su validez extrínseca, basta observar las formalidades prescritas por esta ley.

315. El principio *locus regit actum* puede considerarse

hoy como aceptado por la jurisprudencia internacional (1) por un consentimiento comun, por efecto de una especie de necesidad recíproca. Muchas veces, dice Savigny, es difícil conocer, en el lugar en donde se realiza el acto jurídico, las formas legales exigidas por la ley de aquel en que el acto debe producir sus efectos, y mucho más difícil el observarlos por completo. Por esto es por lo que, para no hacer absolutamente imposibles los actos jurídicos en un país extranjero, ó para no exponerlos á nulidades por faltas de formas legales, que no se han establecido ciertamente para crear obstáculos á los negocios civiles, se ha reconocido desde el siglo XVI como principio del derecho consuetudinario la regla *locus regit actum* (2).

Merlin, dice además: «No es por un simple motivo de conveniencia por lo que se ha dado, en lo que se refiere á la forma perfecta de los actos, la preferencia á la ley del lugar en donde han ocurrido sobre todas las demás á que pudieran ajustarse los verdaderos principios, son únicamente los que han determinado esta eleccion. En efecto, los actos reciben el sér en el lugar en que han acontecido; la ley de este lugar es la que les dá la vida, y, por consiguiente, la que debe afectarlos, modificarlos y arreglar su forma (3).

Los argumentos de Savigny y de Merlin son perfectamente fundados, y no pueden surgir en la actualidad dudas razonables acerca de la verdad del principio *locus regit actum*, ya aceptado por la mayor parte de los jurisconsultos antiguos. Demoulin, escribe respecto de esto: «est omnium doctorum »sententia ubicumque consuetudo vel statutum locale disponit »de solemnitate vel forma actus, ligari etiam exteros ibi actum »illum gerentes (4). Lo único que necesitamos es esclarecer la justa aplicacion del principio.

316. Comenzaremos por notar que, en la redaccion de un acta es necesario distinguir bien las espresiones esenciales que determinan su especie, y las espresiones particulares

---

(1) Fœlix, núm. 73; Rocco, parte 3.ª; Cap. 3; Schæffner, § 73; Savigny, § 381.

(2) Savigny, l. c.

(3) Repertorio, V° *prueba*, sec. 11, § 3, art. I, núm. 3.

(4) Repertorio, id., id.

exigidas por cada ley para que el acto tenga valor jurídico. Así, por ejemplo, sea cualquiera el lugar en que se haya de extender la letra de cambio, son tan indispensables á la esencia del contrato ciertas enunciaciones, que no deben faltar jamás. Tales son, por ejemplo, la suma que debe pagarse, el nombre y apellido del que ha de pagarla, y la firma del que gira. Otras son indispensables para la existencia del contrato en sí mismo, pero son exigidas por una disposicion particular de la ley: tales son la fecha y la indicacion del valor entregado y el hecho de que la letra de cambio sea girada en un lugar sobre otro (1). Cuando la ley del lugar en donde se estiende la letra de cambio no exige estas enunciaciones que son exigidas por nuestra ley (Código comercial, artículo 196), debe el tribunal considerar la letra de cambio como válida, y admitir la accion del portador contra un endosante italiano, en virtud del principio *locus regit actum*.

317. Esta regla no solo es válida para la redaccion del acta sino tambien para la forma misma del contrato. Conviene observar aquí que hasta los mismos romanos, que admitian formas particulares y positivas para los contratos, eran de tal modo consecuentes é imparciales, que reconocian tambien para los peregrinos formas permitidas exclusivamente por su ley ó por sus usos nacionales: «Chirographis et »singraphis..... quod genus obligationis proprium peregri- »norum est (2).»

Dedúcese de este principio que el contrato de matrimonio por medio de un acta privada, celebrado en país extranjero, debe ser válido en Italia, cuando la ley del país en donde se ha verificado el acto no exige la forma auténtica. Tal es la opinion de Zacarías, de Demolombe y de Fœlix, consagrada por los tribunales franceses, los cuales han declarado válidos los contratos de matrimonio hechos por acta privada en Lóndres y en Mónaco, no obstante el Código de Napoleon

---

(1) Consult., 43.

(2) Pero esto es una condicion esencial de la letra de cambio, y tanto que sin ella no habria seguramente ni contrato de cambio ni letra de cambio.

(*N. de P. F.*)

(artículo 1.394), que exige un acta pública, lo mismo que nuestro Código (art. 1.382) (1).

El mismo Zacarías admite que las donaciones por acta privada son tambien válidas para los inmuebles situados en Francia, con tal que sean hechas en un país donde la ley permite esta forma, y considera como necesario que estas actas hagan mencion expresa de la aceptacion, cuando esta formalidad no es exigida por la ley del lugar en donde se han verificado (2). La razon que de esto dan Aubry y Rau, es que, por más que la aceptacion dependa más bien de las partes que figuran en el acta que del funcionario público que la consigna, la forma de consignacion de esta aceptacion, es obra del funcionario público encargado de archivar el acta de donacion.

Lo mismo debe decidirse respecto de los contratos relativos á la constitucion ó á la disolucion de una sociedad, cuando el acto se ha estipulado en un país en donde se permite la forma privada, y el proceso se verifica ante el tribunal de otro pais donde se requiere la forma pública para la validez de tales actos.

318. Para determinar si el acto realizado en un país es ó no auténtico, y el grado de fé que se le debe en justicia, es tambien necesario tener en cuenta la ley del país en que se ha verificado. Conviene, por consiguiente, asegurarse de que el acta ha sido estendida verdaderamente en el país á cuya ley se la quiere someter. Esto es fácil respecto de las actas auténticas, para las cuales basta con que la parte que pretende demostrar la autenticidad pruebe que el funcionario que la ha estendido tenia carácter y autoridad para conferir la autenticidad mencionada, y que la forma de esta acta esté atestiguada y legalizada por otro funcionario público digno de fé para el Gobierno ante el cual se la quiere hacer valer. En cuanto á las actas ó documentos privados, puede presentar la cosa algunas dificultades; pero la fecha, la de-

(1) Gaius, lib. III. § 134.

(2) Zacarías, § 31, núm. 5; Demolombe. tít. I, *publicacion de las leyes*, núm. 106; Tribunal de París, 11 de Mayo de 1816 (Asunto Bertin); Idem 22 de Noviembre de 1828; (Asunto Roquelaure); V.° en sentido contrario, Duranton, I, pág. 56.

claracion de las partes, las pruebas extrínsecas y las circunstancias pueden disipar todas las dudas.

319. El principio *locus regit actum* es aplicable, no solamente á las actas extendidas en la forma pública ó privada, sino tambien á los contratos verbales hechos en un lugar, valederos segun la ley del mismo, que no exige un acta escrita.

Supongamos que un negociante dá á su corresponsal en el extranjero la órden de comprar una cantidad de mercancías pagaderas á su entrega, y que éste desempeña la comision y compra las mercancías. Si, segun la ley del lugar en donde estas se han vendido, no es necesario consignar la operacion por escrito, miéntras que sí lo es para obligar á las partes segun la ley del país en donde las mercancías deben ser entregadas, puede surgir la duda sobre si la falta de documento vicia el contrato. Los tribunales ingleses han decidido que debe aplicarse la ley del lugar en que se han entregado las mercancías, porque allí es donde aquél se ultima. Propiamente hablando, donde se ha ultimado el contrato es en el lugar en donde el comisionista compró las mercancías por cuenta de su comitente (1), y, aplicando el principio *locus regit actum* debe decidirse respecto de la necesidad del documento escrito, por la ley del lugar en donde se vendió la mercancía, y no con arreglo á la de aquel en que debe ser entregada..

Tal es tambien la opinion de Zacarías, que dice: «Que los medios de prueba que han de servir para establecer la existencia jurídica de los contratos realizados en país extranjero, y las modificaciones que pueden haber recibido de contratos accesorios y subsiguientes, deben ser determinadas con arreglo á la ley del país en donde se han verificado dichos actos y que por consiguiente debe el juez admitir la prueba testifical, cuando la ley del lugar en donde se ha verificado el contrato no exige un documento escrito, y admite la prueba por testigos (2).

---

(1) Zacarías, Aubry y Rau, nota 69 y 70, sobre el § 31; Merlin, *Reprat.*, v.° testamento, seccion 2.ª § 4, art. 1.°; Demolombe, *Tratado de las donaciones*, tít. IV, núm. 475.

(2) Véase el núm. 248.

Este principio puede aplicarse á todos los medios de prueba por los que puede establecerse la existencia de un acto jurídico, y que son inseparables de la forma necesaria para la eficacia del acto mismo, como por ejemplo, para decidir si los libros de comercio sujetos á ciertas formalidades pueden hacer fé en justicia. En casos semejantes, por más que parezca á primera vista que la prueba, como cosa que toca al procedimiento, deba ajustarse á la ley del lugar en donde se ventila el asunto, sin embargo, considerando que estos medios de prueba están estrechamente ligados á la forma del acto jurídico, conviene aplicar la regla general.

320. Discuten los jurisconsultos sobre el valor imperativo del principio *locus regit actum*. Algunos sostienen que no es potestativo en las partes, al estipular en otro país, seguir las formas prescritas por la ley de su pátria (1); otros, considerando tales disposiciones como un favor concedido á las partes, admiten la facultad de renunciar á él y seguir las formas exigidas por la ley del lugar en donde el acto ha de producir sus efectos (2). Pero,—y en esto estamos de acuerdo con la mayoría de los autores,—si el acto debe ejecutarse en el lugar mismo en donde se ha estipulado, las partes, ora sean del país, ora extranjeras, deben seguir las formalidades exigidas por esta ley, porque la forma es la condicion para la eficacia del acto, y de esta debe juzgarse con arreglo á la ley local, que es la que garantiza su ejecucion, mientras que si

---

(1) Zacarías, § 31.

Hé aquí cómo se expresa Zacarías: «La cuestion sobre los medios de prueba con lo que se es admitido á establecer ante los tribunales franceses ya la existencia de los actos jurídicos, por ejemplo, de los contratos verificados en el extranjero, ya las modificaciones que pueden haber recibido por convenios accesorios ó subsiguientes, se determina con arreglo á la ley del país donde estos actos se han verificado. Por esto es por lo que el juez francés debe admitir la prueba testifical de un contrato puramente verbal, cuyo objeto excede el valor de 150 francos, si este contrato se ha verificado en un país cuya ley no exige la redaccion por escrito de actos semejantes, y autoriza la prueba testifical.» (Curso de Derecho civil francés, § 31, edic. 1856, t. I, página 99 y siguiente).

(*N. de P. F.*).

(2) Boullenois, *Observ.* núm. 34.

alguno se obliga, en un país extranjero, á hacer alguna cosa en su patria, basta para la forma exterior que el acto ha valido segun la ley del lugar en donde se ha de pedir dicha ejecucion, en caso de falta de cumplimiento ó de confirmacion. «Si inter duos celebratur, verbi gratia, pactum, et uterque »pasccisens sit externus et unius civitalis civis, dubitandum »enim non est, actum a talibus secundum leges patriæ fac»tum, in patria valere (1).» Semejante facultad no puede, sin embargo, extenderse á dos, ciudadanos que celebren en su pátria un convenio que debe ejecutarse en país extranjero, porque las leyes obligan rigorosamente á los ciudadanos, y éstos no pueden dispensarse de observarlas, excepto el caso en que la ley del lugar en donde la cosa que es objeto del convenio está situada, prescriba necesariamente algunas formas particulares (2).

Notemos, en fin, que cuando dos ciudadanos de la misma patria contratan en país extranjero, conformándose á las formalidades prescritas por su propia ley, el contrato debe ser, en cuanto á su forma, considerado tambien como válido por el tribunal del país en donde se ha celebrado. Por consiguiente, en Francia se ha decidido que el principio *locus regit actum* no es aplicable á los extranjeros que hayan realizado en este país un acto cualquiera con arreglo á las formas prescritas por la ley de su patria (3).

---

(1) Hertius, *De colisione legum*, n. 10; véase Voet, *De estatut.*, seccion 9.ª. c. 9. n. 2; *Ad Pand.* libro 4.° parte 2.ª, n. 15; Rodemburg, *Tract. prel.*, título II, cap. III.

(2) Este pensamiento lo formula de un modo más claro que Fiore, M. Masse en los términos siguientes: «El que contrata en un país, aunque su obligacion deba ejecutarse en territorio extranjero, no por eso está menos obligado á seguir las leyes de su patria, únicas que pueden obligarle, salvo el caso en que la situacion del objeto del contrato en país extranjero le imponga la necesidad de seguir formas particulares (*El Derecho comercial*, etc., edicion de 1874, t. I, página 509).

(*N. de P. F.*)

(3) Tambien Fœlix ha tratado esta cuestion. Cuando las personas que se hallan en país extranjero y han seguido, no las formas prescritas por la ley del lugar de la redaccion del contrato ó de la disposicion, sino la de la ley de su patria, es en esto válido el acto en cuan-

321. Pueden surgir algunas dificultades cuando el contrato se ha estipulado en un país entre un ciudadano y un extranjero en la forma exigida por la ley del lugar en donde debe ejecutarse el contrato. Si éste es sinalagmático y produce obligacion recíproca, no puede ser obligatorio para uno sin serlo tambien para el otro. Si, pues, el extranjero está válidamente obligado con arreglo á las leyes de su país, en donde debe cumplir lo prometido, el nacional que quiere obligarle á la ejecucion no puede, para sustraerse al cumplimiento de su propia obligacion, alegar que el acto no es válido en

---

to á su forma. En otros términos: ¿es imperativa ó no es más que potestativa ó facultativa la regla *locus regit solemnitatem*? El citado autor tiene por válido el acto realizado en el extranjero con arreglo á las formas prescritas en la patria. Conforme al principio de la soberanía, la sumision de los individuos á las leyes de su nacion, constituye, en efecto, la regla constante. El empleo de formas usadas en el país extranjero en donde residen momentáneamente, no es más que una excepcion. El uso de formas establecidas en el lugar de la residencia pasajera en el extranjero es una facultad, no un deber. Esta doctrina está consagrada, en particular, por la ley general alemana sobre el cambio (art. 85). La opinion contraria tiene su base en las ideas del feudalismo; reputábase como *súbdito temporal* á todo individuo que se hallaba en el país, aunque sólo fuera momentáneamente y sin intencion de permanecer en él. En la actualidad, esta sumision á la ley del lugar en donde se verifica la redaccion del contrato no puede derivarse de la simple estancia del individuo, sino únicamente de su declaracion explícita ó implícita (Fœlix, *Tratado de Derecho internacional*, n.° 83, edicion de 1866, t. I, pág. 180 y sig.) Mr. Demangeat observa que Fœlix, suponiendo un acto para cuya forma se ha observado la ley del domicilio y no la del lugar en donde se ha redactado el documento correspondiente, se pregunta únicamente si debe ser considerado válido en *la patria de la persona ó de las personas de quienes emanan*, y que admite con razon la afirmativa. ¿Pero qué se decidiría, dice el mismo Demangeat, si los tribunales *del país mismo en donde se realizó el acto* fueran los llamados á conocer de su validez? Deberán los tribunales franceses, por ejemplo, tomar en consideracion un testamento hecho en Francia por un extranjero en una forma no reconocida por la ley francesa? Mr. Demangeat recuerda que el Tribunal de Casacion se ha pronunciado por la negativa en su sentencia del 9 de Marzo de 1853. (Nota sobre el § 83 de Fœlix, p. 184).

(*N. de P. F.*)

cuanto á la forma, con arreglo á las leyes de su patria. Si el acto es unilateral, el extranjero obligado segun las formas exigidas por su ley debe cumplir su obligacion en su propio país; si el nacional ha contraido en su país en favor de un extranjero una obligacion que debe cumplirse en el exterior, y si no ha seguido las formas establecidas por su ley, á la que sólo él estaba sometido, apremiado en país extranjero para la ejecucion del convenio, puede oponer la nulidad que resulta por falta de las formas exigidas por la ley de su patria.

Cuando los nacionales y extranjeros son co-obligados, si el contrato es sinalagmático, es obligatorio lo mismo para los co-obligados que para los obligados principales. Si es unilateral, los co-obligados nacionales pueden prevalerse, en lo que respecta á ellos, de la nulidad del contrato no conforme con la ley local; los extranjeros, sin embargo, no dejan de estar sujetos á ejecutar el contrato con arreglo á las leyes de su patria (1). Por último, si se hallan nacionales y extranjeros y si el contrato es válido, en cuanto á la forma, con arreglo á la ley de unos ó de otros, los co-obligados estarán sujetos como los obligados principales, y los otros no podrán invocar la nulidad de un contrato que da orígen á una obligacion recíproca, y no puede ser obligatorio para los unos sin serlo tambien para los otros.

322. Los principios que acabamos de establecer son tambien aplicables á los contratos de donde se desprende un derecho real sobre una cosa inmueble. Sin embargo, para la eficacia de tales contratos relativamente á los terceros, es necesario observar las formalidades prescritas por la *lex rei sitæ*, lo cual vale para la trascripcion, para la venta, para la tradicion y la forma necesaria para confirmarla, para la inscripcion de hipotecas y otras cosas análogas.

Notemos, por último, que, cuando se quiere hacer ejecutorio un contrato, es necesario, para completarlo relativamente á la forma, observar todas las disposiciones vigentes en el país en donde la ejecucion se pide, por más que el acto sea válido y completo con arreglo á la ley del lugar en donde se haya verificado (2).

(1) Massé, *Derecho comercial*, etc , n.° 573.

(2) Encontraránse en Fœlix las disposiciones de las leyes positivas extranjeras que consagran el principio *locus regit actum* en relacion

# CAPÍTULO VII.

## DEL CONTRATO DE MATRIMONIO.

**323. Objeto del contrato de matrimonio y su importancia.—324. Dificultades que pueden surgir cuando el contrato de matrimonio se ha realizado en país extranjero.—325. Doctrina de los que quieren hacerlo depender todo de la voluntad de los contrayentes, y refutacion de esta doctrina.—326. El contrato de matrimonio está intimamente ligado al matrimonio mismo y debe ser regido por idéntica ley.—327. Refútase la opinion de los que admiten la preferencia de la ley del domicilio del marido.—328. Opinion de Dalloz y la nuestra.—329. El principio *locus regit actum* se aplica al contrato de matrimonio.—330. Ley que debe aplicarse á falta de contrato nupcial.—331. Diferencia entre nuestra doctrina y la de otros autores.—332. Ley que debe regir los derechos de los esposos sobre los bienes existentes en país extranjero.—333. Excepcion á los principios generales cuando de ellos resulta una violacion del derecho público de un Estado.**

323. El contrato de matrimonio es muy distinto del matrimonio mismo. Este último tiene por objeto la union de dos personas; el primero provee á la conservacion, distribucion y

---

á las formalidades extrínsecas de los actos (obra citada, n.° 85, edicion de 1866, t. I, p. 186 y sig.) Recordemos á este propósito que los diversos casos de aplicacion de este principio han sido indicados con sumo cuidado y precision en las disposiciones generales (artículos 9 y 10 del Código civil italiano). Del art. 12 del mismo Código resulta

trasmision del patrimonio, y consiste en un convenio por el cual los dos futuros esposos arreglan, respecto de los bienes, los derechos de que deben gozar el uno frente al otro.

La sociedad conyugal, que confunde los hábitos por la vida comun, y crea importantes relaciones personales, tiende tambien á confundir los intereses materiales, y á organizar la economía doméstica con arreglo á las necesidades de la familia. El contrato de matrimonio tiene, por consiguiente, toda la gravedad del matrimonio mismo; debe ser objeto de la solicitud atenta de un legislador prudente, y á ambos pueden aplicarse aquellas palabras de Platon: «Para que una república esté bien organizada, deben ser las leyes principales las que se refieran al régimen del matrimonio.» Con razon, pues, determina la ley la manera como los esposos pueden arreglar sus derechos sobre los bienes por medio de un contrato, y que determine sus intereses recíprocos, á falta de contratos nupciales.

324. Cuando el contrato de matrimonio se ha verificado en país extranjero, pueden surgir algunas dudas: 1.° Sobre la ley segun la cual deben juzgarse los contratos nupciales, su validez y sus efectos jurídicos; 2.° Sobre la ley á que debe presumirse se han referido los futuros esposos, si no han estipulado nada.

325. Los que quieren hacerlo depender todo de la libre sumision de las partes, y ponen de este modo á disposicion de

---

que las disposiciones *prohibitivas* de la ley á que está sometido el individuo, concernientes á las personas, á los bienes, á los actos, al órden público y á las buenas costumbres, derogan la regla *locus regit actum*. Como el Código civil francés no contiene una declaracion semejante, ha surgido y dura aún la controversia sobre muchas cuestiones. Así, pues, se pregunta si bajo el dominio de este Código se aplica solamente á los actos auténticos la regla *locus regit actum*, ó si se aplica tambien á los actos jurídicos. El art. 12 de las disposiciones generales que preceden al Código italiano, resuelve, bajo este aspecto, todas las dificultades. La cuestion seria saber si cuando la ley exige un documento auténtico, tiene un carácter prohibitivo respecto del documento privado, esto es, si ha sido redactada con el fin de excluir este documento. (*El Código civil italiano*, etc.; *Estudios de legislacion comparada*, por Mr. Huc, edicion de 1868, t. I, p. 21 y sig.)

(*N. de P. F.*)

los contrayentes el referirse á una ú otra ley, dicen que los pactos nupciales deben regirse por la del lugar en donde se ha celebrado el matrimonio. «Porro non tantum ipsi contrac»tus ipsæ que nuptiæ certis locis rite celebrate ubique pro »justis et validis habentur, sed etiam jura et efecta contrac»tum nuptiarunque in iis locis recepta ubique vim suam ob»tinebunt (1).» Nosotros no podemos aceptar semejante doctrina.

El contrato de matrimonio, por más que tenga por objeto los bienes, no puede asimilarse á los demás contratos. Abraza intereses tan elevados, que ningúna otra relacion de la vida civil afecta bajo tantos aspectos ni tan profundamente al individuo, á la familia y á la sociedad. La ley que le rige debe proveer al presente y al porvenir, al interés público y al interés privado, á la prosperidad de la economía doméstica, al patrimonio de los hijos que nazcan, á los terceros que puedan contratar, etc.; debe armonizarlo todo con los principios que rigen el matrimonio mismo, el cual modifica la capacidad, establece relaciones de subordinacion entre los esposos, determina sus derechos y sus bienes, y cambia, por consiguiente, las condiciones del crédito y las relaciones de los demás con los cónyuges. No puede, pues, admitirse que los contrayentes puedan referirse libremente á una ú otra ley, en que el contrato del matrimonio pueda ser regido por una ley diferente de la que rige el matrimonio mismo.

326. Si nos fuese permitido detenernos en digresiones históricas, podríamos demostrar hasta la evidencia, que las leyes que rigen el régimen económico de los bienes de los esposos, revelan los usos, las costumbres, la civilizacion y las instituciones nacionales; y las diferencias que pueden observarse siguen las vicisitudes mismas de las leyes que han regido y rigen el matrimonio. Notaremos solamente, cómo entre los antiguos pueblos de Oriente, que consideraban el matrimonio como una adquisicion, tendian los contratos á determinar el precio pagado por el marido para obtener el consentimiento de los padres de la mujer (2). Entre los ro-

(1) Huber, *De conflict.*, leg. § 9. Kent, *Comment*, lec. 39; Story, *Obra citada*, § 145.

(2) Muchos autores han sostenido que en el derecho musulman el

manos, que, en los tiempos primitivos, habian organizado la familia de tal modo, que todo se fundaba en la unidad del poder y en el despotismo del jefe, cuando por el matrimonio caia la mujer bajo el poder absoluto de marido—*in manu viri*—perdia todo derecho de propiedad, y la *conventio in manum*, era considerada como un título universal de adquisicion para el marido y sus herederos (1). En los tiempos modernos, segun que el matrimonio está fundado en principios más ó menos liberales, y segun que la reciprocidad y la igualdad son más ó menos ámpliamente reconocidas en las relaciones de los esposos, vigila la ley más ó menos para que en el contrato del matrimonio sean garantizados los intereses de la mujer, reconociéndole derechos á respetar y á conservar (2).

Si el contrato de matrimonio está ligado al matrimonio

---

matrimonio era un *contrato de venta*, en el que la mujer representaba la *cosa vendida* y la dote constituia el precio (Meynier *Estudios sobre el islamismo y los matrimonios árabes*, p. 152; Perron, *Mujeres árabes*, página 171). Para justificar esta opinion, se han apoyado en que el marido está obligado á dotar á su mujer, y en la frase de Sidi-Khalil: «la dote es como un precio de venta.» Sautaira y Cherboneau sostienen, por el contrario, que la dote, lejos de constituir un precio de compra, ha sido instituida para conservar la dignidad de la union conyugal. El texto indicado de Sidi-Khalil no significa, segun ellos, sino que el pago de la dote está sometido á las leyes generales, que se le aplican las mismas reglas, que se le somete á las mismas condiciones que el pago del precio de venta. La teoría que asimila el matrimonio á la venta, no reposa en ningun fundamento jurídico (*Derecho musulman del estatuto personal y de las sucesiones*, por Sautaira y Cherboneau, 1873, t. I, p. 54, 93 y sigs,)

(*N. de P. F.*)

(1) Esto es cierto, cuando la mujer casada, la *uxor*, estaba *in manu mariti;* pero la *convencio in manum* no era un efecto del matrimonio, era un efecto de la confarreatio, de la coemptio ó del *usus*, No todas las uxores estaban *in manu mariti*, y las que no estaban bajo este particular, que no tenia nada de comun con la autoridad marital, conservaban su patrimonio propio.

(*N. de P. F.*)

(2) Véase Troplong, Pref. del Contr. de matrimonio; Revista de legislacion, 1849; Dalloz, *Repertorio*, v.° contrato de matrimonio; *Derecho comparado*.

mismo de un modo tan estrecho (1), no puede admitirse que se puedan dividir estas dos cosas y hacerlas depender de leyes diferentes, sino que se debe, por el contrario, concluir que, sea cualquiera el lugar en donde el contrato de matrimonio se estipule, debe ser regido por la ley nacional del marido, porque esta ley es la que debe proteger todos los intereses de la nueva familia que se constituye. La ley del lugar de la estipulacion solo debe regir la forma extrínseca del contrato. Esta doctrina está, en sustancia, conforme con la de Ulpiano, que dice: «Nec enim id genus contractus est, ut potius eum locum spectari oporeat, in quo instrumentum dotis factum est, quam eum in cujus domicilium et ipsa mulier per conditionem matrimonii erat reddítura (2).

327, Debemos declarar que todos los autores que sostienen que el matrimonio debe regirse por la ley del domicilio del marido, admiten que esta misma ley debe regir el contrato de matrimonio (3). Sobre esta materia nos referimos á todo lo que hemos dicho anteriormente. (Libro I, capitulo V), para demostrar que esta doctrina ne es aceptable en nuestra época (4). En nuestro sentir, los principios que tuvieron valor, en otros tiempos, de provincia á provincia, deben en nuestros dias, aplicarse de nacion á nacion, y el domicilio matrimonial debe determinarse con arreglo á la nacionalidad del marido.

En efecto, la ley es la llamada á arreglar el contrato del matrimonio, porque debe proteger los intereses económicos de los esposos y de los hijos, y proveer al porvenir de la familia. Ahora bien, si la mujer sigue la condicion del marido, si los hijos nacen ciudadanos de la pátria del padre, ¿cuál es la ley á que corresponde proveer á todo esto, sino la de la pátria del fefe de la familia? No podemos comprender cómo muchos autores franceses, entendiendo por domicilio matri-

---

(1) Troplong, *Matrimonio*, núm. 112 y sig.

(2) L. 65, Dig., *De judicis*, lib. V, tít. I.

(3) Boullenois, t. I, p. 750; Battur, núm. 66; Duranton, *Matrimonio*, núm. 87; Merlin, *Repertorio*, v.° *Comunidad de bienes*, § 1, art. 3.°; Fœlix, núm. 90; Demangeat, *Condicion de los extranjeros en Francia*, página 377; Rocco, parte 3.ª, cap. 21; Massé, núm. 548; Tribunal de París, 15 de Diciembre de 1853, Dev.; *Casacion*, 1854, 2, 105.

(4) Véase el lib. I, cap. V.

monial el del marido, en el momento de la celebracion, son de parecer que todo debe depender de la ley del domicilio, é invocan la autoridad de los autores antiguos para apoyar su teoría. No pretendemos desconocer los profundos conocimientos de los jurisconsultos antíguos; declaramos, por el contrario que, en su tiempo, era muy fundada esta doctrina. El error procede de los modernos que, sin penetrar en el espíritu de la teoría, para aplicarla convenientemente llegan á consecuencias falsas.

328. Dalloz, entre otros, apoyándose en la autoridad de muchos escritores, dice: «el extranjero que ha sido autorizado para establecer su domicilio en Francia, y que despues se casa en este mismo país sin contrato, *aunque sea con una extranjera de su país,* está sometido á nuestro régimen comunal (1).» Luego un italiano domiciliado en Francia, que se casa con una italiana, puede, contra lo dispuesto en el artículo 1.433 de nuestro Código (2), estipular el régimen de comunidad universal. Pero si esta familia, aunque domiciliada en Francia, es una familia italiana, y el estado de las personas que la componen depende de nuestra ley, ¿cómo puede admitirse que el régimen económico de su patrimonio debe arreglarse por la ley francesa? Un italiano no puede sustraerse completamente á nuestra ley sin renunciar á su propia nacionalidad, y mientras que él y su familia continúen viviendo bajo la proteccion de las leyes italianas, éstas son las que deben regir sus actos en todo lo que interesesa, civil y políticamente, á su nacion, con tal que no perjudiquen los intereses del Estado en que tienen su domicilio.

De este principio se desprende que un italiano que contrae matrimonio en el extranjero, no puede estipular que aquel sea regido por las costumbres locales ó por leyes á que no

---

(1) *Contrato de matrimonio* (Jurisprudencia general) núm. 206.

(2) El artículo 1.433 establece que no es permitido á los esposos contratar otra comunidad universal de bienes que la de los gananciales; esta comunidad puede ser estipulada, por más que halle una constitucion dotal. Semejante convenio debe hacerse en el contrato de matrimonio, y no puede estipularse que comenzará en otra época que en la de la celebracion del matrimonio.

(*N. de P. F.*)

está sometido (art. 1.381 del Código civil italiano) (1); que los esposos no pueden, en manera alguna, derogar las disposiciones prohibitivas contenidas en nuestro Código (art. 1.379), y por consiguiente, que no pueden cambiar el órden legal de las sucesiones (art. 1.380), ni los contratos nupciales despues del matrimonio, ó hacer contradeclaraciones (art. 1.385) (2).

329. Solo en cuanto á la forma externa, y en virtud del principio *locus regit actum*, es regido el contrato de matrimonío por la ley del lugar donde se ha estipulado. Esto se refiere, no solo al funcionario público ante quien debe verificarse, al número y á la cualidad de los testigos, sino tambien á la forma legal del contrato, como si, por ejemplo, la ley del lugar permitiese el acta privada (3). Algunos autores dicen tambien que si la ley del lugar permite hacer el contrato despues de la celebracion del matrimonio, como sucede en España y en los paises gobernados por las leyes romanas, es lícito verificarlo con arreglo al principio *locus regit actum*. Tal es la opinion de Troplong (4), que cita en su apoyo una sentencia del Tribunal de Montpellier (5).

---

(1) Artículo 1.381 del Código civil italiano: «No es permitido á los esposos estipular de una manera general que su matrimonio se regirá de otro modo que por las costumbres locales ó por las leyes á que no estén legalmente sometidos.»

(2) Hé aquí el contenido de los artículos citados:

Art. 1.379. Prohibe á los esposos «derogar los derechos que pertenecen al jefe de la familia, ni los que la ley atribuye al uno ó al otro de los esposos, ni las disposiciones prohibitivas contenidas en el presente Código.»

Art. 1.380. Dispone que, «los esposos no pueden hacer ningun contrato ó renuncià que tienda á variar el órden de las sucesiones.» El artículo 1.385 establece que «los contratos matrimoniales, sean de la clase que quieran, no pueden variarse en manera alguna despues de la celebracion del matrimonio.»

(3) Véase el cap. VI anterior. V. además Troplong, *Matrimonio*, número 188; Godefroy, *Sobre la Novela* 94; Dalloz, v.° *Contrato de matr.*, núm. 271; Merlin, *Repertorio*, v.° *Testamento*, sec. 2, § 4, art. 1, número 3; Demolombe, t. I, núm 106.

(4) *Obra cit.*, núm. 179.

(5) T. de Montpellier, 25 de Abril de 1844, asunto Casadumont; Dalloz, 1845, 2, pág. 36.

Observemos, por último, que la ley que permite ó prohibe hacer el contrato despues de la celebracion, se refiere más bien á la capacidad que á la reforma. Es verdad que cuando dos personas contraen matrimonio bajo una legislacion que les permite hacer sus convenios despues de la celebracion, conservan la facultad, aun despues de sobrevenir la ley que lo prohiba (1). Esto se deduce del principio de que la inmutabilidad ó la variacion de un contrato se rige por la ley vigente el dia de su formacion, y que la ley nueva no puede destruir derechos ya adquiridos por las partes. Mas cuando dos personas se casan en un país en donde es permitido estipular despues del matrimonio, ni adquieren ni pueden adquirir el derecho de hacerlo de un modo contrario á la ley de su patria que lo prohibe, y que debe regir el contrato de matrimonio en cualquier parte que lo realicen.

330. A falta de convenciones expresamente estipuladas, debe determinarse el régimen de los bienes con arreglo á la ley nacional del marido, por las razones indicadas anteriormente. En efecto, cuando los esposos no han hecho uso de la facultad que les está concedida de modificar el régimen legal de los bienes, dan á entender que prefieren someterse en todo á la ley á que lo estaban legalmente, es decir, á la ley de la nacion del marido.

331. Aún difiere ésta de la doctrina de la mayor parte de los autores, bajo dos relaciones. Todos convienen en reconocer que, á falta de estipulaciones nupciales en contrario, debe regirse la union conyugal, relativamente á los bienes, por la ley *personal* del marido, entendiendo la mayor parte por ley *personal* la del domicilio del marido. Tal es tambien la doctrina consagrada por la jurisprudencia. El Tribunal de París ha decidido, por sentencia de 6 de Febrero de 1856, que un ciudadano sardo, que se habia casado en Francia, en donde estaba domiciliado hacia mucho tiempo, sin autorizacion del Gobierno, debia ser considerado, á falta de convenciones matrimoniales, como casado bajo el régimen de la comunidad universal, á pesar de que el Código Alberto no ad-

---

(1) Merlin, *Repert.*, v.° *Efecto retroact.*, sec. 3, § 3, art. 1.°; Tribunal superior de Bruselas, 17 de Febrero de 1817, 8 de Mayo de 1819 y 30 de Marzo de 1830.

mite la comunidad sino cuando ha sido expresamente estipulada (art. 1.573). En este sentido habia fallado el mismo tribunal otro caso relativo á un súbdito hannoveriano, en sentencia de 15 de Diciembre de 1853 (1).

Queriendo precisar la razon por la que, á falta de convenciones, expresos debe sujetarse á la ley el régimen de los biebienes de los esposos, han creido hallarla estos autores en el contrato tácito, y han concluido que la ley del domicilio del marido es la que debe determinar el régimen de los bienes, porque es la que tácitamente han aceptado las partes. Esta doctrina, sostenida en un principio por Dumoulin, Voet y Lebrun, ha sido aceptada por Pothier, Troplong, Rocco y otros muchos, y consagrada por el Tribunal de Casacion de París (2). Para combatirla, decimos, con Froland (3), que es una pura sutileza de ingénio; y observamos además que la convencion tácita ó expresa puede tener valor en todo lo que se deja al libre albedrío de las partes, y lo que puede depender del acuerdo ó conformidad de las dos voluntades *in idem*. Mas, de hecho, no es potestativo en las partes derogar las disposiciones de la la ley á que están legalmente sometidos. La ley, en interés de la familia y de los terceros, determina el régimen de los bienes de los esposos y limita su voluntad; obliga necesariamente y debe ser aplicable de pleno derecho, no porque haya sido préviamente aceptada por una convencion tácita, sino porque se impone á todos los que se casan y á todos los á ella sometidos legalmente. Solo en ciertos casos puede admitirse el contrato tácito, á saber, cuando la ley dispone, pero deja al mismo tiempo en libertad para estipular lo contrario; pero en el caso de que se trata, el silencio de los contrayentes no puede, en manera alguna, equivaler á la voluntad tácita de conformarse á su ley nacional.

---

(1) Sirey, 1854, 2, 105.

(2) Dumoulin, *Comm. ad Cod.*, lib. I, tít. I, l. 1; P. Voet, *De Stat.*; seccion 9, cap. 9, núm. 5; L. Voet, *Ad Pand.*, tít. *De ritu nuptiarum*, número 85; Lebrun, *De la Comm.*, lib. I, cap. II, núm. 38; Pothier, *De la Comm.*, art. I, núm. 10; Troplong, *Matrimonio*, núm. 21; Rocco, parte 3.ª, cap. 21; *Cass. franc.*, 25 de Junio de 1816 (Sirey, 1817, 1.292); Idem 7 de Febrero de 1843; Id., Tribunal imperial de París del 6 de Febrero de 1836; Tribunal Supremo de Nassau, 20 de Enero de 1841.

(3) *Memorias*, parte 2.ª, cap. 3, § 9.

332. Estos principios merecen la más ámplia aplicacion y deberian seguirse en todo lugar en donde existieren bienes pertenecientes á los esposos, aunque el régimen de él fuese diferente, segun la *lex rei sitæ*. La jurisprudencia y los escritores ingleses admiten por ésto que ninguna ley extranjera puede tener efecto respecto de los bienes de la mujer situados en la Gran Bretaña (1), y esta misma es la opinion de los autores que, partiendo de la distincion conocida entre las leyes reales y las personales, admiten el principio general de que la ley del marido no se extiende á los inmuebles situados en país extranjero. La ley del lugar en donde el inmueble está situado, dice Fœlix, es la que debe regir todo lo relativo al régimen dotal (2). Massé, á la vez que admite que la ley que rige la sociedad conyugal es un estatuto personal, añade: «Creo, sin embargo, que este estatuto personal, en cuanto rige los derechos respectivos de los esposos, es real en lo que se refiere á la facultad de disponer de los bienes, y que los situados en país extranjero, regido solamente por la ley local, pueden ser enagenados en los términos autorizados por estas leyes, cualesquiera que sean, por otra parte, las prohibiciones particulares de la ley del dominio de los esposos (3).»

En nuestro sistema es inútil discutir si la ley que arregla el régimen de los bienes es real ó personal; nosotros tenemos por evidente que, para decidir si un fundo es ó no dotal, y si siéndolo es ó no enagenable, debe aplicarse la ley nacional del marido y no la de la situacion (4). Esta declaracion es aplicable á todos los demás derechos de los esposos sobre los bienes, y cuyos derechos procedan, ora de la ley que rige el matrimonio, ora del contrato. Nosotros admitimos solamente, como una excepcion razonable, que no debe aplicarse la ley

---

(1) Story, *Conflict. of Law*, § 184; Burge, *On. colonial Law*, parte primera, cap. VII, § 8; Argentré, *Ad. consued brit.*, art. 218; Henrry, *Ouforein lav*, 48 y 49; Huberus, *De conflictu legum*, l. I, tít. 3, §. 2.

(2) Obra citada; § 60.

(3) Massé, *Derecho comercial*, núm. 548; V. Tribunal de París, 15 de Marzo de 1831. (Asunto Bonard, id., 18 Mayo 1829; asunto Chiret, Jurisprudencia del siglo XIX; Duranton, II, núm. 83.

(4) Véase el núm. 196.

del marido cuando ataca los intereses del Estado ó los principios de órden público en el lugar en donde la cosa está situada.

333. Supongamos, por ejemplo, que la ley nacional del marido permite aumentar la dote durante el matrimonio, y que aquel quiere invocar dicha ley para convertir en dotales los bienes parafernales de su mujer situados en Italia, en donde no puede ser válido ni eficaz el aumento de la dote, porque el artículo 1.391 de nuestro Código civil establece que «la dote no nuede ser constituida ni aumentada por los esposos durante el matrimonio.» Esta disposicion es general y prohibitiva; provee al interés privado de los contrayentes haciendo invariables los convenios nupciales, y está destinada á proteger los intereses generales y á impedir que sea defraudado un tercero por constitucion ó por aumento simulado de dote durante el matrimonio. Por esta misma razon, si la ley nacional de los esposos les permitiese hacer contra escrituras para variar la dote durante el matrimonio, serian aquellas ineficaces en Italia contra los intereses de tercero, porque el art. 1.395, que prohibe variar, de cualquier manera que se haga, los convenios matrimoniales despues de la celebracion del matrimonio, tiene por objeto proteger los intereses de tercero que pudieran ser defraudados por contra escrituras secretas.

Salvo esta excepcion, los contratos matrimoniales interpretados con arreglo á la ley nacional del marido deben aplicarse, en general, á los bienes pertenecientes á los esposos, en cualquier lugar que estén situados aquellos, y deben determinarse con arreglo á la misma ley todos los efectos que se derivan del contrato de matrimonio. Así es como debe decidirse si las nuevas adquisiciones hechas en territorio extranjero caen bajo el régimen dotal, si los esposos pueden hacer donaciones, y qué derechos ha adquirido el marido relativamente á los dotantes extranjeros. La misma ley regirá la restitucion de la dote en caso de disolucion del matrimonio y la separacion de la dote de los bienes del marido.

Notemos, sin embargo, antes de concluir, que, por más que el contrato de matrimonio se considere como hecho en la patria del marido, para todo aquello que se refiere á las obligaciones del padre y de la madre extranjeros que casan á una hija con un italiano, lo mismo para la constitucion de la dote que respecto de la manera de distribuirla entre los do-

tantes, debe aplicarse la ley nacional á que los ascendientes están sometidos, y por la cual se rigen sus derechos sobre los bienes respectivos (1).

---

(1) Las cuestiones expuestas en este capítulo son casi todas muy controvertidas en la jurisprudencia francesa. Se ha decidido, sin embargo, que la formalidad del contrato de matrimonio debe arreglarse por la ley del lugar donde se ha verificado. Algunas sentencias han declarado válido el contrato de matrimonio por documento privado hecho en el extranjero, cuando esta se considera forma legal en el país donde se ha realizado. (París 11 de Mayo de 1816; 22 de Noviembre de 1828). El Tribunal de casacion ha juzgado en 18 de Abril de 1865 (Q. Re.) que el contrato de matrimonio de un francés residente en Constantinopla puede verificarse válidamente por documento privado, conforme á la legislacion del país, y que no es necesario redactarlo en la forma auténtica ante el canciller de Francia, sobre todo cuando se trata de un contrato de matrimonio realizado entre un francés y un extranjera, por ejemplo, una prusiana. Segun una sentencia de la sala de requisiciones del 12 de Junio de 1855, el contrato de matrimonio realizado en país extranjero con arreglo á la ley del mismo país, es válido aunque no se hayan llenado algunas formalidades accesorias al acto. En cuanto á la cuestion de si la época en que debe verificarse el contrato de matrimonio, atañe ó no á la forma del acta y si debe estar sometida á la regla *locus regit actum*, se ha decidido de diferentes maneras en nuestra jurisprudencia. Segun ciertos tribunales, la regla, segun la cual el contrato debe preceder á la celebracion del matrimonio, es un estatuto personal, y debe ser, por consiguiente, aplicada aun á los esposos franceses casados en un país extranjero en donde se permitan los contratos posteriores al matrimonio. Pero, como indica muy bien Fiore, se ha decidido tambien en sentido contrario por el Tribunal de Montpellier (5 de Abril de 1844) y por el de Tolosa (7 de Mayo de 1866), que los artículos 1.394 y 1.395 del Código civil constituyen un Estatuto real, y que, en su consecuencia, el contrato dotal, hecho por un francés al contraer matrimonio en el extranjero, ha podido redactarse posteriormente á la celebracion del matrimonio, si la legislacion del país (en España por ejemplo), fundada en el derecho romano, permite constituir la dote y arreglar y modificar el régimen matrimonial posteriormente al matrimonio. Segun una sentencia de la Sala de lo civil del Tribunal de casacion (11 de Julio de 1855), la época en que debe verificarse el contrato del matrimonio está sometida á la regla *locus regit actum*, de donde se deduce la consecuencia de que, si la ley de un país en donde un francés se casa con una extranjera permiten los pactos dotales posteriores al matrimonio, puede éste francés adoptar el régimen dotal áun despues de la celebracion de

# CAPÍTULO VIII.

## DE LA LEY QUE DEBE REGIR LA VENTA.

**334.—Ley que debe regir el contrato de venta.—335. Venta hecha por un mandatario despues de la muerte del mandante.—336. Derechos y obligaciones del comprador y del vendedor.—337. Traslacion de la propiedad de la cosa vendida.—338. Cuestiones especiales sobre la traslacion de la propiedad de las cosas muebles vendidas.—339. Cesion de cosas incorporales, de derechos y de acciones de cualquier naturaleza.—340. Cesion de créditos.—341. Opinion de Kames.—342. Nuestra opinion. Principios segun los cuales debe decidirse si es válido un secuestro despues de la cesion.**

334. La venta es un contrato consensual y sinalagmático,

---

su matrimonio. Por lo ménos, así debe suceder cuando los esposos han sometido este acto á la legislacion de este país, fijando allí su domicilio matrimonial.

En 1854 ha decidido la Sala de lo civil del Tribunal de Casacion, que los esposos extranjeros casados en país extranjero, están sometidos en Francia á la ley de su país. Dos esposos ingleses, especialmente, casados en Inglaterra, sin contrato de matrimonio, están sometidos aún en Francia á la regla de la legislacion inglesa, segun la cual, la mujer de este país que se casa sin contrato, no es comun en bienes ni puede adquirir inmuebles con su marido. Esta mujer no puede, por consiguiente, ser considerada como co-propietaria de los inmuebles que haya adquirido en Francia en union con su marido, y á su muerte no deben sus herederos alegar ningun derecho respecto de los mismos. (Dalloz, P. 1.854, 1, p. 56. Véanse los excelentes Códigos anotados por E. Dalloz y C. Burgé; Código civil, t. I, p. 36 y 37).

*(N. de P. F.)*

por el que uno de los contratantes se obliga á trasferir (1) por un precio determinado la propiedad de una cosa á otro que se obliga á su vez á pagar el precio fijado.

En la venta conviene distinguir el contrato que nace por el consentimiento de las partes, y su ejecucion, que consiste de parte del comprador, en pagar el precio de la cosa comprada, y, de parte del vendedor, en la entrega ó tradicion de la cosa. Cuando las partes son capaces para obligarse, el contrato es regido por la *lex loci contractus*, ya sea que las partes hayan comprado ó vendido directameute, ya que lo hayan hecho por medio de intermediarios debidamente autorizados (2). Pero la ejecucion es regida por la ley del lugar en donde está situada la cosa que ha sido objeto del contrato, y por la del lugar designado para el pago. Los efectos jurídicos, en fin, se arreglarán por una ú otra ley, segun que dependan inmediatamente del contrato mismo ó que se refieran á su ejecucion (3).

335. Respecto de la venta hecha por intermediarios, propone Story el caso siguiente á los que á estos estudios se dedican (4): supongamos, dice, que *A*, negociante de Massachusset, ha dado á su corresponsal *B*, de Nueva-Orleans, poder general para vender, comprar, recibir, etc., por su cuénta, y que enseguida da órden al mismo *B* de vender el buque á su llegada con la carga y la mercancía, y ultimar en su propio nombre el contrato de venta. *B* ejecuta las órdenes, pero vende el buque y las mercancías y ultima el contrato á nombre de *A*, cuando éste último ya ha muerto, áun cuando aquel no haya podido recibir el aviso. ¿En este caso puede invalidarse la venta?

Segun la ley de Massachusset, el poder queda revocado de hecho por la muerte del principal, de suerte que los acto

(1) La venta no sólo crea obligaciones, sino que opera tambien una traslacion de propiedad cuando lo vendido es un objeto propio y determinado. Mr. Fiore ha seguido la definicion del Código civil italiano: «La venta es un contrato por el que uno se obliga á dar una cosa y el otro á pagar su precio,» que es tambien la definicion del Código civil francés. (Art. 1.582).

(*N. de P. F.*)

(2) Véase el n. 248.

(3) Véase el n. 257 y sig.

(4) Obra citada, § 286.

realizados por el mandatario despues de la muerte del mandante son nulos, haya ó no tenido aquél conocimiento de lo ocurrido (1). Segun la ley de la Luisiana, por el contrario, los actos realizados por el mandatario despues de la muerte del mandante, pero antes de haber tenido de ello conocimiento, son válidos (2). Toda la cuestion se reduce á determinar si el poder, en todo aquello que se refiere á su revocabilidad, á su duracion y á sus efectos, debe regirse por una ú otra ley. En el primer caso, podria decirse que el acto realizado en un lugar debe apreciarse con arreglo á la ley del país en donde se realiza, en lo que se refiere á su naturaleza, á su extension y á su duracion. Pero puede observarse que, como el poder se ha dado para que produzca sus efectos en país extranjero, la facultad del mandatario debe ser determinada por la ley de este país, que debe regir tambien la naturaleza, la extension y la duracion del referido poder. Cuando un mandante da á su corresponsal la comision de negociar por su cuenta, á falta de pruebas en contrario se presume que el poder que le ha conferido debe ser determinado con arreglo á la ley del lugar en donde el mandatario debe realizar los negocios. En el caso en cuestion, no se trata ya de la mayor ó menor extension del poder del mandatario, sino de decidir si al morir la persona de quien este último tiene su poder, subsiste dicho poder, ó si es revocado por una disposicion de la ley en que tuvo su orígen.

Story no resuelve la duda, y declara que aún no se ha decidido la cuestion. Nuestro parecer es que debe ser declarada válida la venta respecto de sus efectos para el comprador y los terceros. El contrato de mandato se considera hecho, como ya hemos dicho anteriormente, en el lugar en donde reside el

---

(1) Story, *On agenc.*, § 488 y sig.

(2) Código civil de la Luisiana, art. 3.001. Están conformes: la disposicion del Código de Napoleon, art. 2.008; del Código italiano, artículo 1.762; Código holandés, art. 1.851 al 1.855; Código del canton de Vaud, art. 1.490. El Código de Baviera, libro IV, cap. IX, art. 1.°, establece que cuando el mandante muere antes de entablar el asunto es nulo el poder; si ha comenzado ya la gestion debe concluirla el mandatario. El Código prusiano, parte 1.ª, tít. 13, solo exige que la muerte ó incapacidad del mandante sea ignorada del tercero que contrata; poco importa que no lo sea del mandatario.

mandatario, y por esto debe juzgarse de la naturaleza, de la duracion y de la extension del mandato, con arreglo á la ley de este país. Si el mandatario residiera, por ejemplo, en Italia, dudaríamos de la validez de la venta. En esto, se deberian, en efecto, distinguir dos contratos, el uno de mandato y el otro de venta, los cuales serian ultimados en Italia, porque nuestra ley dispone que «lo que hace nuestro mandatario en nombre del mandante, en la ignorancia de la muerte de éste, es válido.» (Art. 1.772) (1). De donde se deduce que la venta es válida y no pueden ser defraudados en sus derechos legítima mente adquiridos los terceros que hayan contratado de bue na fé.

336. Todos los derechos y todas las obligaciones del comprador y del vendedor deben ser determinadas segun la ley del lugar en donde se ha realizado la venta. Este principio es tambien aplicable á la promesa de venta hecha y aceptada por ambas partes, y respecto de las acciones y excepciones que de una y otra proceden (2), ya sea la venta simple, ya condicional. La manera de cumplir las obligaciones recíprocas y los efectos que se derivan del modo de la ejecucion, deben ser regidos por la ley del lugar designado para la ejecucion misma. De aquí que la obligacion del vendedor de entregar la cosa y ponerla á disposicion del comprador, su responsabilidad, la obligacion de garantir la cosa de la eviccion y las acciones que de ella se derivan, tales como la *actio empti*, la *actio estimatoria* ó *quanti minoris*, la *actio redhivitoria* y. la accion de reparacion de daños y perjuicios deban depender de la *lex loci contractus*. La misma ley debe regir la obligacion del comprador de pagar el precio y los gastos que haya tenido el vendedor para mantener y conservar la cosa despues de la conclusion del contrato, la hipoteca á que debe estar afecta la cosa comprada hasta el pago del precio, la porcion de intereses correspondiente al plazo que se le hubiere concedido para el pago, su responsabilidad si demora

(1) Hé aquí cómo está redactado este artículo: «Lo que hace el mandatario en nombre del mandante, ignorando la muerte de éste ó de alguna de las demás causas que hagan cesar el mandato, es válido con tal que aquellos con quienes contrata lo hagan de buena fé.»

(2) Véase la seccion 2.ª, cap. I.

la ejecucion de su obligacion, la accion *exvendito* que pertenece al vendedor. Por el contrario, para decidir si éste ha incurrido en demora, si puede decirse que se ha realizado la eviccion y para todo lo que concierne al modo de medir y de pesar las cosas vendidas ó de entregarlas, para todo lo relativo á la moneda en que debe realizarse el pago, á la estimacion del *id quod interest*, á la necesidad de la trascripcion para la eficacia de la venta con relacion á los terceros, y de la inscripcion para la del derecho de hipoteca y de otros análogos, debe aplicarse la ley del lugar designado para la ejecucion del contrato, es decir, la *lex rei sitæ*. Con arreglo á la misma ley ès como deberá decidirse si la cosa vendida está ó no en el comercio. De donde se sigue que, si en el tiempo que trascurre entre la venta y la entrega, la *lex rei sitæ* declarase fuera del comercio una cosa que antes estaba dentro de aquél, ó si el fisco, por causa de utilidad pública, expropiase la cosa vendida, no podria imputarse al vendedor la inejecucion, y éste estaria sujeto á restituir el precio ó á subrogar al comprador en sus derechos relativamente al fisco, pero no á pagar el *id quod interest*.

337. En cuanto á la traslacion de la propiedad, observamos que si es necesaria la tradicion, segun la *lex rei sitæ*, conforme al principio del derecho romano: «Traditionibus et »usucapionibus dominia rerum non nudis pactis transferun»tur (1);» el comprador, á pesar de la disposicion contraria de la ley del contrato, solo tendrá una accion personal contra el vendedor y sus herederos. «Ex iis prædiis quœ mercata »est, si aliqua á venditore obligata, et necdum tradita sunt, »ex empto actioni consequeris ut ea a creditore liberen»tur (2).» No tendrá ninguna accion real; solo podrá hacer que se obligue al deudor á entregarle la cosa, y á indemnizarle de los daños y perjuicios. «Actio empti non pretium »continent tamtum, sed omne quod interest emptoris (3).» «Si traditio rei venditæ justa emptionis contractum procacia »venditoris non fiat, quanti interesse compleri emptionem

---

(1) L. 20 Cod., *De pactis*, 2.°, 3.
(2) L. 5 Cod., *De evic.*, VIII, 45.
(3) L. Titius, 44, Dig. *De act. empt.*, XIX, 1.

»fuerit arbitratus præses provinciæ tantum in condemnatio-
»nibus taxationem deducere curabit (1).»

338. El mismo principio debe regir la traslacion de la propiedad de las cosas inmuebles. Supongamos que un negociante domiciliado en una plaza determinada, vende una cantidad de mercaderías existentes en el extranjero, y que su asociado, antes de recibir el aviso vende dicha partida á un tercero, y le hace la entrega. Supongamos que, segun la ley del país en donde está domiciliado el negociante donde se ha verificado la venta, se ha adquirido la propiedad de pleno derecho desde el momento en que se ultimó la venta, y sin necesidad de la tradicion ó entrega de la cosa. Supongamos tambien que, segun la ley del país en donde se hallaban el asociado y la mercancía, es necesaria la entrega para la traslacion de la propiedad de las cosas muebles, y surge la duda sobre cuál de los dos compradores podrá hacer valer su preferente derecho de propiedad. Admitiendo la doctrina de los autores que dicen que las cosas muebles se consideran por ficcion del derecho en el domicilio del propietario *á quo legem situmque accipiunt*, deberia concluirse que el derecho del primer comprador debe prevalecer sobre el del segundo, por la tan conocida máxima: *prior in tempore potior in jure*. Hemos ya demostrado que las cosas muebles que se hallan en un punto dado, están sometidas á la *lex rei sitæ* (2); y por esto es por lo que, si con arreglo á esta ley es necesaria la entrega para la traslacion de la propiedad, el primer comprador solo tendrá contra el vendedor la accion *ex empto*; podrá hacerle condenar al *id quod interest*, más no podrá reivindicar la cosa, porque no le ha sido trasferida la propiedad de la misma, ni podrá obligar al vendedor á la tradicion, porque la ejecucion de la obligacion se ha hecho imposible, habiéndose verificado ya la tradicion en favor de un tercero que tiene derecho perfecto y preferente.

Supongamos que un italiano, mientras que su buque cargado de mercancías viaja para Nueva-Orleans, vende buque y cargamento, y que á la llegada de éste al puerto se apodera

---

(1) L. 4 Cod., *De act. empt.*, IV, 49.
(2) Véase el libro 2.° seccion 1.ª cap. 1.°

de él un acreedor del vendedor. Segun la ley de la Luisiana, es necesaria la entrega para la traslacion de la propiedad de las cosas muebles, mientras que no sucede esto con arreglo á nuestra ley, y que la propiedad es adquirida desde que ha quedado ultimada la venta. En este caso, ¿puede prevalecer el título del que se ha apoderado de la cosa contra el del comprador, por no haberse verificado la entrega? Indudablemente que no. En efecto, las cosas muebles son regidas por la *lex rei sitæ* cuando se encuentran en un lugar fijo sometido á la jurisdiccion del soberano territorial. La mercancía que se encuentra en el mar no está en el territorio de ninguna nacion; es considerada como si se hallase en el domicilio del propietario: de donde se sigue que, si por la entrega de la póliza del cargamento, que equivale á la entrega de la mercancía, se convierte el comprador en verdadero propietario antes de que la mercancía hubiese llegado á colocarse bajo el dominio de las leyes de la Luisiana, su derecho, ya perfecto, no puede ser invalidado porque el buque haya llegado á un puerto en donde es necesaria la entrega para la traslacion de la propiedad.

339. Pasemos á hablar ahora de la cesion de las cosas incorporales, y en particular de los derechos y de las acciones sobre la cosa que se encuentra en el comercio, cesion que equivale á una venta, cuando se ha hecho mediante un precio determinado en dinero.

La trasmision de los créditos, de los derechos activos y de toda cosa incorporal, constituye una cesion en el sentido más lato de esta expresion, y puede hacerse á título gratuito y á título oneroso. Nos referimos solo á las cesiones de esta última clase, las cuales constituyen una especie de venta. Una accion personal pura y simple, una accion personal con término ó bajo condicion (1) una accion real tal como la accion de reivindicacion (2), la accion mista, como el derecho de recompra (3). Un derecho de rescision, los créditos, los privilegios, y en general, toda cosa incorporal, cualquiera que sea,

(1) L. 17, Dig. *De hered. vel act. vend*, 4, 18, y 19.

(2) L. Ult. Cod. *De hæred vel act. vend.* IV, 39.

(3) Dalloz, V° venta, 914; Sentencia del tribunal de Turin, del diez y siete germinal del año XII.

pueden ser cedidos mediante un precio determinado en dinero, y puede surgir una duda relativamente á la ley que debe regir un asunto semejante, así como los derechos y las obligociones del cedente, del cesionario y del deudor principal.

348. Para decidir si la cesion de un derecho ó de una accion es ó no válida, se debe aplicar en general la ley personal del propietario de este mismo derecho. Las cosas incorporales no pueden, en efecto localizarse, y son inseparables de la persona que las posee, de donde se deduce que, segun la ley que rige la persona, es como debe decidirse si el derecho es ó no capaz de cesion. Cuando la ley personal no conttene disposiciones formales que autoricen ó prohiban la cesion, es necesario, para decidir si la trasmision de un derecho determinado es ó no válida, sujetarse al carácter y á la naturaleza del derecho en cuestion, al fin para que se ha establecido, á las condiciones de su ejercicio, y á la analogía que puede presentar con otros derechos cuya cesion autoriza ó prohibe expresamente la ley.

Notemos tambien que la cesion de su derecho equivale á la trasmision del poder exclusivo de ejercitar las acciones que sirven para hacer judicialmente eficaz este mismo derecho. Si se ha cedido un derecho real ó personal sobre las cosas inmuebles ó sobre los muebles determinados en su individualidad, debe ser segun la ley del lugar en que se hallen aquellas sobre que el concesionario quiere ejercer su derecho, como debe decidirse si la cesion puede ser eficaz. Síguese de aquí, que la cesion del derecho de uso y de habitacion no puede ser eficaz en Italia contra la disposicion de nuestra ley que la prohibe (art. 528). Y si, segun la ley personal del cedente, no estaba prohibida la cesion, y el cesionario hubiese pagado un precio, se aplicarian los mismos principios que se aplican á la venta de un objeto que está en el comercio con arreglo á la *lex loci contractus*, y fuera del comercio, segun la *lex rei sitæ*. Este principio es tambien aplicable á la cesion de un derecho real cualquiera.

Nuestra ley, por ejemplo, que permite vender una herencia, prohibe la venta de una herencia futura (art. 1545) (1).

---

(1) El art. 1.545 del Código civil italiano, citado por M. Fiore, no dice más que lo siguiente: «El que vende una herencia sin especifi-

La primera condicion para la validez de la cesion de los derechos de sucesion, es, en efecto, que haya una herencia abierta, y que el vendedor garantice su cualidad de heredero (1). Los pactos sobre la sucesion futura han sido considerados tambien como contrarios á las buenas costumbres, por los sábios juriconsultos romanos (2). Si segun la ley del heredero presunto, no estuviesen prohibidos tales pactos, y se hubiese vendido la futura sucesion mediante el pago de una suma, el cesionario no podia hacer valer el título de la cesion para ocupar el lugar del heredero, y aceptar la herencia en Italia, porque semejante cesion, prohibida por nuestra ley, no puede ser eficaz. *Viventis nula est hœreditas*, y es nula la venta de la sucesion cuando esta no existe realmente. Pero si la cesion es válida con arreglo á la ley nacional del presunto heredero, el cesionario podrá pedir el precio pagado, así como tambien los daños y perjuicios ante los magistrados de su pátria, á menos que resulte que ha comprado de mala fé, y por su cuenta y riesgo.

341. La cesion de créditos merece una atencion especial, en cuanto á la traslacion de la propiedad del crédito cedido.

Segun nuestra ley, la traslacion de la propiedad del crédito es perfecta entre la partes, por el consentimiento recíproco sobre la cosa y su precio. No es necesario para esto, ni que el deudor intervenga, ni que la posesion del crédito se trasmita por medio de la entrega del título que prueba éste ó el derecho cedido. La propiedad se adquiere de pleno derecho entre las partes como en cualquier otra clase de venta, y el cedente está obligado á cumplir su compromiso, ya completo con la entrega del título, del mismo modo que lo está el vendedor ó hacer la título. La traslacion de la propiedad no pue-

---

car los objetos de que consta, no está obligado á garantizar nada más que la cualidad de heredero.....» El art. que más conviene al asunto, es el 1.118, que dice así: «Las cosas futuras pueden ser objeto de un contrato. No puede, sin embargo, renunciarse á una sucesion que aun no está abierta, ni celebrar ninguna estipulacion sobre esta sucesion, ya con el de la sucesion de que se trata, ya con un tercero, aun con su consentimiento.»

(1) Pothier, venta núm. 526; Troplong, Com.; Código de Napoleon, artículo 1.696; Perez, *Prel. sobre el Cod.*, lib. IV, tít. 39, núm. 1.

(2) Ley 7, Dig., *De hered. vel. act. ven.* L. 15 Cód. *De pactis*.

de oponerse, sin embargo á un tercero ni al deudor mismo, sino cuando se ha notificado á éste la cesion, ó cuando la ha aceptado por medio de un acto aùténtico (Código civil italiano, arts. 1.538 al 1.540) (1).

Los mismos principios prevalecen en la legislacion escocesa (2). Por el contrario, segun las leyes inglesas, la cesion sin notificacion transfiere tambien la propiedad del crédito respecto de un tercero. La notificacion al deudor solo es necesaria para relevarle de la obligacion de pagar al cedente, de suerte que, si el deudor, ignorando la cesion, hubiese pagado al acreedor primitivo ó á un tercero, á quien se hubiera asignado la deuda, no estaria sujeto á nada respecto del cesionario; pero si la deuda hubiese sido embargada por un tercero antes de la notificacion, y si, *pendente lite*, hubiese tenido el deudor conocimiento de la cesion, podria entablar una excepcion contra el que verificó el secuestro, y éste último no tendria ningun derecho que hacer valer contra el cesionario (3). Esta doctrina es tambien la que prevalece en el Massachussets.

Suponiendo que un crédito haya sido cedido en un país regido por las primeras leyes, y que haya sido embargado, antes de la notificacion, en otro regido por las segundas, puede surgir la duda de si, para la eficacia de la cesion respecto de un tercero debe aplicarse la ley del domicilio del acreedor ó la del deudor (4).

342. Observa Lord Kames que un crédito no es un *corpus* capaz de posicion local, sino un *jus incorporale*; sin embargo, considerando que es un objeto que se halla en poder del acreedor, si debe admitirse una ficcion, es más natural localizarlo en el domicilio del acreedor que en el del deudor; y concluye de aquí que, en caso de conflicto entre las legislaciones, debe prevalecer la ley del acreedor. Cuando éste cede voluntariamente su crédito con arreglo á la ley de su patria, adquiere el cesionario un título justo para pedir el pago pre-

(1) El Cód. de Napoleon tiene disposiciones análogas, art. 1.689 á 1.691. Véase Toplonog, *venta* núm, 877 y sig.; Zacarías, § 359.

(2) Burge, *Coment., col. law*, parte 2.ª, cap. XX.

(3) Story *On equity of jurisp.*, § 421 a.; *Conflict of Law*, § 569.

(4) Véase Rodemburg., *De diversitate stat.*, tít. II, cap. V, § 16.

ferente en cualquier lugar, y su título debe ser considerado como perfecto *jure gentium*, en virtud de la máxima conocida: *Movilia non habent sequelam* (1).»

Para resolver la cuestion propuesta, observamos que, rigurosamente hablando, no puede decirse que la cesion realiza la traslacion del derecho, porque el que se tiene sobre una cosa incorporal es inherente á la persona que de él está investida, y no pueda trasladarlo á otra. Es verdad que el derecho del difunto pasa á la persona del heredero, pero esto sucede porque el heredero ocupa el lugar de la persona á quien sucede, y la representa en todos los derechos que le pertenece. Por el hecho de la cesion, cede el acreedor todos sus derechos contra su deudor y la facultad de proceder contra él, y el cesionario adquiere, con el título, la facultad de hacer que prevalezca contra el deudor y de obrar tambien contra éste, no como mandatario, sino como *procurator in rem suam*. Debemos, pues, distinguir en la cesion de cosas: la trasferencia del título y la facultad de hacerlo valer; el modo de ejercitar la accion y todo lo necesario para que la cesion sea eficaz ante el deudor y frente á un tercero. El primero es regido por la ley del domicilio del acreedor, que tiene el título en su poder; el segundo por la del domicilio del deudor. Es verdad, en efecto, como dice Lord Kames, que el acreedor está en posesion del crédito, pero no lo es menos que este no es exigible sino en el domicilio del deudor.

De esta distincion, fundada en la naturaleza del acto jurídico, deducimos que, en caso de cesion de una cosa incorporal, debemos aplicar á la notificacion al deudor los mismos principios que á la entrega ó á la trascripcion en caso de venta de cosas corporales. De donde se deduce que, si la ley del domicilio del acreedor y la del deudor son diferentes, debe aplicarse, para la obligacion personal entre el cedente y el cesionario la ley del domicilio del acreedor, y esta regirá tambien en todo caso la accion *ex empto* en favor del cesionario, la garantía á que está obligado el cedente, el precio mínimo por que puede ser cedido el derecho, la rescision por causa de lesion, y todo lo que se deriva de la naturaleza del

---

(1) Kames, *On equity*, b. 3, cap. VIII, § 4; Huber, *De conflictu legum*, libro I, tít. III, § 9.

contrato; en cuanto á las obligaciones recíprocas entre el cedente y el cesionario. Para decidir despues acerca de la eficacia de la cesion respecto de un tercero y de los derechos recíprocos entre el cesionario y el deudor, debe aplicarse la ley del domicilio de éste. De suerte que, si esta ley exige la notificacion al deudor como cosa necesaria á la toma de posesion del crédito respecto de un tercero, el cesionario no puede aspirar, antes de la notificacion, á sustituir al cedente respecto del deudor, ni puede obtener que su derecho sea preferido al de un tercero que lo haya adquirido entre la cesion y la notificacion.

Supongamos que un crédito de un inglés, exigible en Italia contra un italiano, haya sido cedido en Inglaterra sin notificacion al deudor, y embargado por un tercero en manos del mismo deudor. Es verdad que si este paga al tercer acreedor del cedente, ó si llega á recobrar éste lo que se le debe, no está obligado á nada el deudor respecto del cesionario. Si despues del embargo, pero antes del pago de la deuda, el cesionario que ha notificado al deudor que el crédito le ha sido cedido, no puede obtener la preferencia respecto de aquél que ha verificado el embargo, ni la propiedad de la totalidad de la suma cedida, sino solamente pedir y obtener la parte del crédito que exceda del importe de la deuda por que se embarga, debiendo volver enseguida contra el cedente para obtener el resto y los daños y perjuicios. Si el que ha cedido el crédito es insolvente, y el cesionario ha pagado una cantidad por la cesion ineficaz, la notificacion hecha al deudor despues del embargo sólo valdrá como oposicion respecto al que ha verificado éste. El cesionario, como acreedor quirografario del cedente, podrá concurrir con el que embarga en la proporcion del crédito de este último y del que aquel tiene derecho á exigir del cedente por el precio pagado, y por los daños y perjuicios por razon de la eviccion, pero no podrá impedir los efectos del embargo hecho. Si el crédito no está todo embargado, valdrá la notificacion á partir desde el dia en que se ha hecho, ó de aquel en que el cesionario ha obtenido la aceptacion auténtica, y la parte libre del embargo vendrá á ser propiedad del cesionario; y cuando posteriormente á la notificacion ó á la aceptacion se hubiesen hecho nuevos embargos por parte de un tercero, no producirán ningun derecho sobre la parte correspondiente al cesionario en la repar-

ticion que debe hacerse entre éste y el primer embargante, porque su derecho viene á ser eficaz en Italia, despues de la notificacion ó la aceptacion. Notemos, no obstante, que como el primero que embargó estará obligado á admitir á los nuevos secuestrantes á la reparticion de su propio dividendo, tendrá derecho á exigir el cesionario, que no es respecto de él nada más que uno de tantos acreedores, la bonificacion de la diferencia de la suma que recibiria á consecuencia de esta reparticion, y la que hubiera obtenido, si la totalidad del crédito se hubiese dividido entre él, el cesionario y los nuevos secuestrantes (1).

Fúndase esta doctrina en que debe juzgarse de la eficacia de la cesion, frente á un tercero, con arreglo á la ley del domicilio del deudor, no por la del lugar en donde se ha ultimado la cesion. De donde se deduce que debe juzgarse acerca del valor y de la eficacia de la aceptacion ó de la notificacion, despues que el crédito ha sido embargado, segun la ley del lugar en donde la notificacion debe hacerse y en donde se ha verificado el embargo, porque éste pertenece más bien al modo de la ejecucion que á la naturaleza de la obligacion. Segun nuestra ley, no pasa la propiedad del crédito al cesionario en frente de un tercero, sino por el cumplimiento de la formalidad ó de la aceptacion, y por esto es por lo que la notificacion tardía no perjudica á los derechos adquiridos por el primero que verificó el embargo.

Por la misma razon, y con arreglo á la misma hipótesis, deberá aplicarse la ley inglesa para todos los derechos y las obligaciones entre el cesionario y el cedente; más para los derechos y obligaciones entre el cesionario y el deudor, y para los actos que pueda verificar el cesionario á fin de conservar frente á un tercero el crédito cedido, debe aplicarse nuestra ley.

Los principios expuestos en la parte general, y las aplicaciones que de ellos hemos hecho en este capítulo, bastan, en nuestro sentir, para resolver los conflictos de legislacion que

---

(1) Véanse Zacarías, § 359 *bis*; Troplong., venta, núm. 926; Mercade, art. 1.690, núm. 3; Toullier, t. VIII núm. 285; Tribunal de París, 9 de Febrero de 1837. 18 de Marzo de 1839, 26 de Junio de 1845. (Sirey, 1839, 2, 262; 1839; 2, 182; 1843, 2, 523); Tribunal de Casacion franc., rej., 18 de Junio de 1843 (Sirey, 1843, 1. 908).

pueden surgir respecto de los contratos de cambio, de arriendo, de enfitéusis y de prenda. No juzgamos necesario hablar separadamente de otros contratos especiales y nos limitaremos á exponer, en el capítulo siguiente, algunas de las cuestiones á que pueden dar lugar el contrato y la letra de cambio.

# CAPITULO IX.

## DE LA LEY QUE DEBE REGIR EL CONTRATO Y LA LETRA DE CAMBIO.

343. Naturaleza del contrato de cambio, y ley que debe regirlo.—344. Capacidad para girar una letra de cambio.—345. Ley que debe regir su forma.—346. Ley que debe regir las acciones y las obligaciones de las partes interesadas.—347. Ley que debe regir las obligaciones entre el librador y el beneficiario.—348. Ley que debe regir el contrato entre el librador y el pagador.—349. Contrato entre el endosante y el cesionario.—350. Aceptacion por intervencion.—351. Afianzamiento.—352. Cuestion que puede surgir respecto á la traslacion de la propiedad de un efecto.—353. Ley con arreglo á la cual debe determinarse la cuenta de interés cuando la letra de cambio no es pagada á su vencimiento.—354. Cuestiones que pueden surgir sobre las consecuencias jurídicas que se desprenden de la aceptacion de la letra de cambio.—355. Daños y perjuicios, y acumulacion de cambios.—356. Accion contra el girado.—357. Accion contra el librador y los endosantes.—358. Principios por los cuales puede decidirse si se puede ejercitar la accion colectiva contra el librador y los endosantes.—359. Condiciones que deben concurrir para ejercitar esta accion.—360. Términos en que debe ejercitarse la accion.

343. El contrato de cambio (1) es un convenio mediante el

---

(1) En el derecho romano no se encuentra ningun vestigio del contrato ni de la letra de cambio usada en nuestros dias. Algunos pre-

que los contratantes asumen la obligacion de hacer pagar cierta suma èn un lugar determinado, por un valor que le es dado ó prometido en otro lugar. Este contrato es sinalagmático y consensual; se verifica, por consiguiente, por el mútuo consentimiento de las partes.

La forma del contrato de cambio, la obligacion personal de las partes, los efectos jurídicos y las acciones, así como las excepciones que de ellos resultan, deben ser regidos por la ley del lugar en donde se verifica el contrato. Los principios expuestos para la venta y para la cesion pueden aplicarse á este contrato, que es una especie de venta de cesion, de cambio, y la accion personal contra aquél que está obligado á hacerse pagar cierta suma en un lugar determinado, así como á la manera de obligarle al cumplimiento de su obligacion girando una letra de cambio ó firmando una carta-órden, deben regirse por la *lex loci contractus*.

Notemos solamente que, cuando el banquero se ha reser vado el derecho de exigir un premio de cambio que traspase el límite legal del interés con arreglo á la *lex loci contractus*, no puede invalidarse el convenio por este motivo. El contrato de cambio no puede confundirse con el de préstamo, y las disposiciones que prohiben la usura no deben aplicarse al precio del cambio y de la comision, que puede traspasar el

---

tenden que la letra de cambio fué introducida por los lombardos, otras por los florentinos. Lo cierto es, que en el siglo XIV ya se hicieron contratos de cambio (V. Pothier, Contrato de cambio, n. 6).

A lo que en esta nota dice Fiore, puede añadirse que Sabary y Montesquieu, atribuyen la letra de cambio á los judíos. «Se sabe, dice Montesquieu, el *espíritu de las leyes*, que bajo Felipe Augusto y Felipe el Largo, arrojados los judíos de Francia se refugiaron en Lombardía, y que allí dieron á los negociantes y á los viajeros letras secretas contra aquellos á quienes habian confiado sus efectos en Francia, que fueron pagadas inmediatamente. Inventaron, pues, las letras de cambio.» La opinion más generalmente admitida es, la de que la referida letra tuvo su orígen en las ferias que, durante la Edad Media, se establecieron primero en Italia y despues en Francia. Nació por las necesidades mismas del comercio, debió su desarrollo á la extension de las relaciones comerciales. (Vean mi *Manual de Derecho comercial*, segunda edicion, 1866, p. 200).

límite legal del interés lícito sin que se vicie el contrato. En cuanto á la capacidad de las personas obligadas, debe aplicarse su ley nacional, y, con arreglo á ella, es como debe decidirse si el contrato de cambio hecho por una mujer que no es comerciante, ó por un menor que tampoco lo es (1), debe producir el efecto de una simple promesa. Notemos, por último, que, respecto de la prescripcion de las acciones, que pueden nacer de tal contrato, deben aplicarse los principios comunes (2), no los que rigen la prescripcion de las acciones que nacen de la letra de cambio y de las carta-órdenes, que son muy distintas del contrato de cambio.

344. La obligacion que se deriva del contrato de cambio se verifica ordinariamente extendiendo una letra de cambio, que consiste en una especie de billete escrito con arreglo á las formas legales, por el que una persona da á otra el mandato de pagar una suma determinada á aquel á quien se designa en la letra ó á quien su derecho represente.

Acerca de la capacidad especial para girar una letra de cambio, debe juzgarse con arreglo á la ley formal del que gira (3). Háse decidido, respecto de esto, que un extranjero que, en un billete á la órden, suscrito por él, se dice domiciliado en Francia, no puede oponer á los portadores la nulidad de su obligacion, por razon de que, en el momento en que la suscribió, era menor, con arreglo á la ley de su país (4). El mismo principio podia aplicarse en el caso en que el menor se hubiera hecho pasar por mayor, abusando de la buena fé del otro contratante, porque, áun cuando no pueda demostrarse que semejante conducta constituya un delito de fraude ó un abuso de confianza, el menor no puede ser admitido á atacar la obligacion por falta de edad (5). Tambien se ha decidido que una ley especial personal ó un acto del soberano que prohibe á ciertas personas de la familia real suscribir le-

---

(1) Pardessus, *Contrato de cambio*, n. 361; Nouguier, *Letra de cambio*, t. II, p. 404; Massé, n. 544.

(2) Casacion francesa 19 de Enero de 1813. Dev., 1813, 1, 208.

(3) Pardessus, *Derecho comercial*, n. 1.482 *vis*: Nouguier, t. I, p. 475 Fœlix, § 64, obra cit.

(4) Tribunal de París, 15 de Octubre de 1834. Dev., 1834, 2, 657.

(5) Véase el n. 189 y sig.

tras de cambio, no pueden tener efecto fuera de los límites territoriales del poder de donde emanan (1).

345. No hay duda que el principio *locus regit actum* debe aplicarse para determinar las formas reconocidas por la ley como esenciales á la validez del acto. De donde se sigue que una letra de cambio extendida en Escocia, en la que no se indica el dia del pago, será válida, porque, segun esta ley, se reputan estas letras como válidas y pagaderas á la vista (2). Lo mismo debe decirse de la forma del endoso, de la aceptacion, del protesto, para cuya validez deberia aplicarse la ley del lugar en donde se han verificado estos actos. Esto debe hacerse, por ejemplo, para decidir si, para la traslacion de la propiedad es bastante el endoso en blanco; si la promesa de aceptar es probada por testigos, ó si la palabra *vista* con la firma del pagador vale como aceptacion; si los términos empleados hacen que ésta se considere como simple ó condicional, ó si ciertos actos equivalen á una aceptacion tácita, como si el girado retuviese la letra de cambio por un tiempo más ó ménos largo sin hacer ninguna observacion (3).

Si las partes quieren seguir, para la forma, la ley del lugar en donde debe pagarse la letra de cambio, pueden hacerlo sin ningun inconveniente, porque el principio *locus regit actum* es facultativo y no imperativo. Si dos ingleses, dice Nouguier, residentes en Francia, suscriben una letra de cambio pagadera en Inglaterra, sin la fórmula *valor recibido*, dicha letra será válida, porque se presume que las partes, por un acuerdo tácito, se han referido á la ley inglesa, segun la cual no es necesaria dicha fórmula (4). Por esto se ha juzgado que la

---

(1) Tribunal de París 26 de Noviembre de 1850; Dev., 1850, 2, 666.

(2) Véase Merlin, *Repertorio*; v.° *Letra de cambio*, § 2; n. 8, y v.° *Protesta*, § 9; Pardessus, n. 1.485; Nouguier, t. I, p. 447; Vincens, t. II, p. 182; véase tambien el cap. VI de esta seccion.

(3) En Prusia la aceptacion verbal puede dar lugar á la accion de garantía, y si aquél sobre quien la letra se gira la retiene una noche sin hacer alguna observacion, se considera aceptada.

(4) T. 1, p. 477. Puesto que se cita aquí la ley inglesa, no nos parece fuera de propósito dar á conocer algunas disposiciones de esta legislacion en materia de letras de cambio. Ante la ley inglesa no hay diferencia entre las letras de cambio, las cartas á la órden y los billetes contra un banquero en cuanto á los medios legales que deben em-

fuerza probante de una letra de cambio debe apreciarse con

---

plearse para obtener el pago. Las responsabilidades en que incurren en Inglaterra los que se comprometen en este género de documentos, son casi las mismas que en los países extranjeros. Los medios legales de recobrar, en lo que concierne á este género de créditos, son mucho más rápidos y económicos que los medios legales usados en materia de deudas ordinarias. Ante una letra de cambio, de un billete á la órden ó de un talon, no hay ningun medio de defensa, á no ser que esté autorizado por el juez. Esta autorizacion no será concedida, sino formula bajo juramento, *un affidavit*, demostrando inmediatamente al juez que la letra de cambio, por ejemplo, no ha sido dada á título de valor recibido, ó que la transaccion ha sido fraudulenta ó ilegal.

Las letras de cambio en Inglaterra se llaman *foreing* (extranjeras) cuando son giradas por un comerciante extranjero sobre su corresponsal en Inglaterra, ó vice-versa. Llámanse *inland* (interiores) cuando el que gira y el que acepta residen ambos en el Reino Unido, y cuando son giradas y pagaderas en Inglaterra. Los timbres que deben ponerse sobre las letras de cambio extranjeras son los mismos que deben ponerse á las del interior. Además del timbre, con arreglo á la ley del país en donde es girada, debe la letra de cambio, antes de ser presentada y negociada en Inglaterra, ir provista de un segundo timbre con arreglo á la ley inglesa.

En Inglaterra se conceden tres días de gracia á las letras de cambio pagaderas á plazo fijo; pero esta facultad no existe respecto á las letras pagaderas á la vista ó á la presentacion.

Los tribunales ingleses tienen siempre en cuenta las leyes del país en donde se ha extendido la letra de cambio. Por consiguiente, como, segun la ley francesa, el endoso en blanco de una letra no trasfiere ningun derecho de la propiedad de este valor, el detentador de una letra extendida y endosada en blanco en Francia no puede perseguir su cobro contra el aceptante en Inglaterra.

Una letra de cambio extranjera que no es pagada ó aceptada á su presentacion, debe ser protestada. Una letra de cambio interior no exige protesto.

En el caso en que una letra de cambio exterior ó interior no sea pagada ó aceptada en la época que marca, debe notificarse inmediamente á todas las personas contra quienes el detentador quiera recurrir. La notificacion se hace por escrito, entregándola á domicilio ó mandándola por el correo en el dia siguiente al de la negacion de pago ó de aceptacion.

Si el detentador de una letra de cambio concede al endosante ó al

arreglo á la ley del lugar en donde ha de pagarse y no con arreglo á la de aquel en donde se ha girado (1).

346. Para determinar despues la ley que debe regir las diversas obligaciones y acciones que pueden derivarse de una letra de cambio, es necesario distinguir los contratos á que ha dado origen esta alteracion, el lugar donde cada uno viene á ser perfecto y el indicado para la ejecucion. El principal contrato es el que se verifica entre el librador que crea, por decirlo así, la letra de cambio, y el beneficiario en favor de quien aquella es creada. Es un contrato de venta, de cesion, de cambio, y como tal debe considerarse tambien el contrato entre el endosante y el cesionario. El que se verifica entre el librador y el pagador es un contrato de mandato y de comision, y el realizado entre el portador de la letra y el pagador es una caucion solidaria, en virtud de la cual el pagador se apropia las obligaciones del portador; el verificado entre el librador y el aceptante por intervencion, es un cuasi-contrato de gestion de negocios; por último, el que tiene lugar entre el portador y el que da la fianza es una caucion solidaria. A cada clase de contratos debe aplicarse la ley del lugar en donde se verifica, para determinar las obligaciones recíprocas de las partes y las acciones y excepciones que de aquel se desprenden, así como la ley del lugar en donde debe efectuarse el cumplimiento, para todo lo que se refiere á la ejecucion de las obligaciones mismas.

347. El contrato entre el librador y el beneficiario se considera ultimado en el lugar en que ha sido creada la letra de cambio, y con arreglo á la ley de este país es como debe determinarse, salvo que se convenga otra cosa en contrario, las obligaciones recíprocas á que da origen la naturaleza del contrato, la ley ó la costumbre. De aquí procede que la extension de la obligacion del que ha recibido ó debe recibir una suma en dinero ú otros valores, en un lugar, y que debe hacer que se pague una suma dada en otro diferente por medio de la le-

---

aceptante cierto tiempo para pagar, los endosantes siguientes quedarán descargados de toda responsabilidad. (*Manual práctico de procedimiento inglés*, etc., por Rand Bailey, 1873, p. 26 y sig.)

(1) Tribunal de Casacion francesa, 10 de Agosto de 1843. Dev., 1814, página 3.

tra de cambio, las garantías á que está sujeto, lo que debe hacer, por su parte, para que la letra sea aceptada y pagada á su vencimiento; las obligaciones del que da ó promete los valores y acciones, así como las excepciones recíprocas, deben ser regidos por la ley del lugar en donde se ha extendido la referida letra de cambio.

Con arreglo á dicha ley es tambien como debe determinarse si el tenedor por cuenta de otro está personalmente sujeto respecto del portador y de los endosantes, así como respecto del pagador (1); el plazo en que el beneficiario debe presentar á la aceptacion la letra; la obligacion de hacer constar por medio de la protesta la negativa de la aceptacion ó del pago, y las consecuencias jurídicas que de la falta de cumplimiento se desprende; de donde se deduce que, si segun la ley del lugar en donde se extendió la letra el librador está exento de responsabilidad, cuando, en caso de un protesto tardío, ha probado que habia provision de fondos para el cambio, debe ser tomada en cuenta, áun cuando la ley del lugar en donde deba pagarse dispusiese otra cosa en contrario. Fúndase esto en que la obligacion del librador es condicional bajo esta relacion. Aquel se obliga á garantir el pago, pero bajo la condicion tácita de que el beneficiario, ó aquel á quien éste haya cedido la letra de cambio, la presentará á la aceptacion dentro de cierto plazo, que, cuando no hay convenio expreso, es el determinado por la ley del lugar en donde la letra ha sido extendida.

Por lo demás, es necesario observar que, en los contratos condicionales, para decidir si ésta puede decirse ó no realizada, debe aplicarse la ley del lugar en donde ha de cumplirse la condicion (2). Por esto es por lo que, en nuestro caso, debe

---

(1) Segun nuestra ley (Código del Comercio, art. 201), el librador por cuenta de otro está personalmente obligado á los endosantes y al poseedor; la provision debe hacerse por aquel por cuenta de quien la letra ha sido girada. En Francia, antes de le ley del 19 de Marzo de 1817, que ha modificado el art. 115 del Código de Comercio, el que giraba por cuenta de otro estaba personalmente obligado á un respecto del pagador, y podia ser obligado á hacer la provision ó á justificarse de ello. (*Cas. rej.* de 27 de Abril de 1812.)

(2) Véase el n. 250.

aplicarse, en todo lo que se refiere á la forma de la presentacion de una letra á la aceptacion, y á la de hacer constar la negativa ó aceptarla ó el protesto por negarse al pago, la ley ó la costumbre del lugar en donde la letra de cambio debe pagarse, y si dicha ley concede algunos dias de plazo en favor del pagador, este plazo valdrá, á pesar de la disposicion contraria de la ley del país en donde se extendió la letra de cambio (1).

Haremos notar aquí, que, cuando una letra, girada bajo una ley que establece un término fatal para presentarla á la aceptacion, es trasmitida por el beneficiario á su corresponsal, rogándole que la haga aceptar ó que la proteste, segun lo que proceda, debe ser presentada á la aceptacion por el corresponsal mismo; y que si este no lo hace, es responsable, si no es pagada á su vencimiento, sobre todo, si en la época en que le recomendó la presentacion de la la letra á la aceptacion, estaba el pagador provisto de fondos (2). La razon de ello, es porque la ejecucion de un mandato aceptado da lugar á una accion de daños y perjuicios contra el mandatario, reciba ó no salario por el mandante.

Observemos, por último que, cuando la aceptacion de la letra está garantizada por un tercero sin ninguna condicion, y el portador pierde el derecho de proceder contra el endosante, por no haber presentado la letra dentro del plazo exigido para la aceptacion, no puede decirse en general, que pierde por este motivo el derecho de obrar contra el librador, porque la garantía de la aceptacion no lleva consigo el mandato forzado de presentar la letra á la aceptacion dentro deun plazo determinado. Para resolver esta cuestion, es necesario tener en cuenta los usos comercialesvigentes en el país donde se dá esta garantía; y, si con arreglo á dichos usos, la falta de presentacion á la aceptacion hace tambien perder el derecho de recurrir contra le que garantiza, debe admitirse esto; pero

---

(1) Kent, *Coment.*, seccion 39; Chitty, *On bill*, p. 191 (Lóndres, 8.ª edicion); Pardessus, n. 1.495; Massé, *Derecho comercial*, n. 591.

(2) Tribunal de Aix, 23 de Abril de 1813 (Asunto Contamine), Dev. 1813, 2, 277; tribunal de Rennes, 21 de Junio de 1841. (Asunto Gauthier). Véase Pardesus, núm. 583; Nouguier, t. I, p. 220; Dev. y Massé, *letra de cambio*, núm. 151.

fuera de este caso, aunque espire la accion contra el librador, no espira contra el garante (1).

348. El contrato de mandato entre el librador y el pagador, se considera ultimado en el domicilio de este último (2), y con arreglo á esta ley es como deben determinarse las obligaciones y las excepciones recíprocas; así como para decidir si un acreedor tiene derecho de girar una letra de cambio, y en qué casos, teniendo fondos el pagador, tiene derecho á negarse á la aceptacion; y la accion del mandato directo á que puede estar sujeto el pagador que ha aceptado la letra, y la accion de mandato contraría, que el aceptante puede ejercitar contra el que gira y otros. Por esto se ha creido, que los efectos de una letra de cambio deben ser apreciados segun la ley del lugar en donde debia pagarse (3), y que el dia del vencimiento debe ser determinado con arreglo al calendario en vigor, eu el lugar en donde el pago debe efectuarse (4).

Cuando el pagador acepta, se convierte en deudor directo del portador de la letra, y las obligaciones que asume respecto de este último, las excepciones y los daños y perjuicios á que puede estar obligado, serán determinados con arreglo á la ley del lugar en donde la aceptacion se ha verificado. Coforme á este principio, se ha decidido en Francia, que un francés que ha aceptado en Lóndres una letra de cambio pagadera en Inglaterra, no puede oponer ante los tribunales franceses nada más que la prescripcion admitida por la ley inglesa, es decir, la de diez años, que se interrumpe por la ausencia del deudor del territorio inglés (5).

349. La traslacion de la propiedad de la letra de cambio por medio del endoso, constituye algunas veces un contrato de cambio puro y simple y otras un contrato compuesto de cesion, de traslacion de propiedad y de cambio. Puede su-

---

(1) Véase el tribunal de Burdeos, 23 de Febrero de 1836, Dev., 1836, 2, 325.

(2) Véase el núm. 248.

(3) Tribunal de Trev., 28 de Abril de 1809, Dev. 1810, 2, 1; idem idem de 4 de Julio de 1812. (Asunto Lindeman).

(4) Tribunal de Bruselas, 27 germinal, año XI. (Asunto Coppens), y Cas. 18 brumario, año XI. (El mismo asunto).

(5) Tribunal de Paris, 7 de Febrero de 1839.

ceder, en efecto, ó que el girante libre contra sí mismo, ó haga el endoso en beneficio de otro, en cuyo caso se verifica un contrato de cambio puro y simple; ó que el propietario de una letra perfecta y girada de un lugar sobre otro, la ceda á una persona que le dé ó le prometa dar en este lugar los valores en cambio de la suma que el endosante se obliga á que le entreguen en el lugar sobre que la letra de cambio se ha girado. En ambos casos hay necesidad de aplicar la ley del país endonde la letra se ha negociado por medio del endoso, para todas las consecuencias jurídicas y las obligaciones recíprocas entre el endosante y el cesionario (1). Con arreglo á la misma ley deberá decidirse tambien si hay ó no traslacion de propiedad (2), y por consiguiente, será necesario pronunciarse por la afirmativa, si el endoso en blanco se ha hecho en Inglaterra (3).

En cuanto á la cesion, notaremos que el endosante se hace garante solidario, con el que libra, y los demás signatarios de la solvencia ó insolvencia del pagador, y por lo tanto, de la aceptacion de la letra y del pago á su vencimiento, y que todas sus obligaciones como cedente, son regidas por la ley del lugar en donde la letra ha sido endosada.

Aplicando estos principios, se saca en consecuencia que, cuando una letra es negociada en países regidos por leyes diferentes, un endoso hecho en la misma forma, puede ser irregular respecto del primer cesionario, y equivaler á una simple procura, sin producir traslacion de propiedad, y puede ser regular y capaz de transferir ésta, respecto al segundo cesionario á quien se ha trasmitido la letra ulteriormente. Tal seria, por ejemplo, el caso de una letra de cambio endosada en blanco en Italia, que fuese endosada enseguida tambien en blanco, en Inglaterra. En este caso, el endoso seria irregular respecto del italiano, y perfectamente legal respecto

---

(1) Tribunal de Paris, 29 de Marzo de 1835 (Aubry), Dev.; 1836, 2, 457; Merlin, *Repertario*, *V°. letra de cambio*; § 2, núm 8, *V°. Protesto*, § 9; Pardessus núm. 1.485; Nouguier, t. I, p. 477; Vincens, *Legisla cion comp.* t. 2, p. 182.

(2) Tribunal de Aix, 29 de Abril de 1844, (Heatfurre), Dev. 1845, 2, 114.

(3) Paris 12 de Abril de 1830, (Castigue) Dev. 1830, 2, 333, Rej. 25 de Set. 1829 (Arnold). Dev. 1830, 1, 151.

del inglés, y el poseedor inglés, á quien se ha trasmitido legalmente, no seria responsable de las excepciones que el suscritor pudiese oponer al endosante italiano, á quien él mismo ha endosado el documento, pero en blanco (1).

En efecto, el poseedor de una letra de comercio, endosada en blanco ó irregularmente, aunque sea un simple mandatario, puede trasmitir la propiedad á un tercero (2), como hubiera podido hacerlo aquel á quien el efecto perteneciese en realidad. La razon de ello es, porque siendo la letra de cambio, por su naturaleza, un título de crédito destinado á ser neociado, y no estando limitada la procura á un simple derecho de reembolso de la suma, puede presumirse que comprende tambien la facultad de ceder el título (3). El que cede la letra de cambio sin ser propietario, es responsable hácia su comitente, por haber dispuesto de un efecto que no le pertenecia, pero está siempre sometido á las acciones en garantía respecto de su cesionario.

De los principios anteriormente expuestos, se deduce tambien que, cuando la letra de cambio ha sido sucesivamente endosada en países regidos por leyes diferentes, puede un endosante, en virtud de la letra por que se obliga, estar sujeto á mayores obligaciones de garantía respecto de su cesionario, sin tener las mismas acciones contra su cedente. La posicion de ambos endosantes que trasmiten la letra de cambio, bajo el dominio de leyes diferentes, y que cuando no han hecho ninguna declaracion contraria, se refieren, por presuncion, á la ley, bajo la cual se obligan, esta posicion corresponde perfectamente á la de los endosantes sucesivos, uno de los cuales ha trasmitido la letra de cambio con algunas condiciones, y el otro por un endoso puro y simple, y sin condicion. Si el primero habia trasmitido la letra con la cláu-

---

(1) Véase Trib. de Aix, 29 de Abril de 1844 (Heatfurre), Dev. 1845, 2, 113; Pardesus, núm. 354; de Villenewe y Massí, *Diccionario*, V°. *endoso*, núm. 74; Nouguier, t. I, p. 303.

(2) Casacion francesa, Rej. 17 de Diciembre de 1827, Dev. 1828, 1, 233.

(3) Casacion francesa, Rej. 20 de Enero de 1814, Dev. 1814, 195; Cas. Reg. 20 de Febrero de 1816, Dev. 1816, 1, 143. Reg. 12 de Agosto de 1817, (Saillad); Cas Dev. 1818, 1, 396; Pardesus, 354; Savari par núm. 1.

sula de *sin obligacion personal ó sin cuenta de regreso* (*senza conto di ritorno*), y si su cesionario la hubiese trasmitido por un endoso puro y simple, y sin condicion, este último estaria sometido á la obligacion personal y sujeto á pagar la cuenta de regreso, sin tener derecho de obrar de la misma manera respecto de su cedente inmediato (1). Lo mismo debe decirse si la condicion, en lugar de ser expresamente convenida, se considera como tácitamente aceptada, porque así lo dispone la ley bajo la cual se ha girado la letra, como por ejemplo, si esta ley excluye el arresto personal por aquella suma determinada.

Debemos notar por último, que por más que el endosante pueda asumir, respecto de su cesionario, más ó menos obligaciones de garantía, no puede cederle derechos más ó menos grandes respecto del librador y del aceptante, y sus derechos deben determinarse siempre con arreglo á la ley del lugar en donde la letra de cambio ha sido girada y aceptada, no con arreglo á la de aquel en que ha sido endosada. El endosante no puede, en efecto, ceder nada más que los derechos que él mismo tiene respecto del deudor principal, y contra todos los otros garantes solidarios, con la facultad para el cesionario, ora de ejercitarlos por sí mismo, ora de cederlos á otro. Es necesario distinguir, esto bien, para determinar la ley que debe regir el recurso y las acciones, entre endosantes, y el recurso y las acciones de los cesionarios contra el librador y el pagador, segun indicaremos más adelante.

350. La aceptacion por intervencion, es un cuasi-contrato que se denomina *negotiorum gestorum*, y que se hace perfecto en el lugar en donde el tercero, para honrar (*fare onore*) al librador y á los endosantes, interviene y acepta ó paga la letra de cambio. Las condiciones esenciales á este modo de aceptacion, y los casos en que puede verificarse la intervencion, así como los efectos que de ésta se derivan, deben determinarse con arreglo á la ley del país en donde aquella se realiza, cuya ley regirá tambien ld accion, «negotiorum gestorum directa y la negotiorum gestorum contraria,» de donde se sigue que, si esta ley, además del protesto de parte del

(1) Véase una sentencia del tribunal de Douai el 4 de Agosto de 1847; asunto Verdavaine, Dev. 1848, 2, 725.

portador, exige un nuevo protesto, denominado pretesto de intervencion, será necesaria esta nueva formalidad. Notemos, sin embargo, que el palzo en que el que interviene está obligado á ejercitar la accion, debe fijarse con arreglo á la ley del lugar en donde se extiende la letra de cambio. La razon de ello es, porque esto debe entrar en los derechos del portador, y no puede hacerse peor la condicion del librador que ejercita contra él la accion de *negotiorum gestio*, en un plazo más largo que aquel en que el portador de la letra podia ejercitarlo. De donde se deduce la regla: *qui alterius jure utitur, eodem jure uti debet.*

351. El afianzamiento *(avallo)* es una garantía enteramente especial, mediante la cual el que la suscribe se convierte en garante solidario de todas las obligaciones de la persona en favor de la que se dá dicho afianzamiento. Sea cualquiera el lugar donde este se haya dado, puesto que la persona que lo dá está obligada solidariamente y de la misma manera que el que libra, el endosante y el que acepta, las obligaciones de la persona que suministra semejante garantía deben ser determinadas por la ley que rige las obligaciones de la persona en cuyo favor se ha concedido aquella. La ley del lugar en donde se ha firmado el afianzamiento solo puede valer para las cuestiones que surjan de la forma en que se ha hecho la suscricion. Puede, en efecto, ser modificada por convenio de las partes; puede ser dada solo por una porcion de la deuda, por un tiempo limitado, en favor de una persona cierta, bajo condiciones determinadas, con exclusion de ciertos modos de procedimiento, y, en determinados casos, puede tambien dudarse si debe ser considerado como una simple caucion. Puesto que todas estas restricciones pueden ser expresadas en la forma en que á las partes agrade, los jueces á quienes en el caso de incertidumbre corresponde determinar los efectos del afianzamiento, segun las reglas comunes de la interpretacion, deben tener en cuenta la ley del lugar en donde se ha suscrito aquél, siempre que surja la duda respecto de la forma de la suscricion.

352. Tratemos ahora de algunas cuestiones especiales, para hacer la aplicacion de los principios generales ya expuestos, los cuales se aplican tambien á los efectos de comercio negociables, salvo, sin embargo, las modificaciones que se desprenden de su diversa naturaleza.

Cuando un billete ha sido suscrito en un país cuya ley permite negociarlo y trasmitir por endoso su propiedad, y si es endosado despues en otro país en donde no es reconocida la traslacion de la propiedad de tal efecto por medio del endoso, puede surgir la cuestion de saber si el portador puede en su nombre propio ejercitar la accion. Por más que el billete sea originariamente negociable, sin embargo, á consecuencia del principio que dice que debe juzgarse de los efectos del endoso con arreglo á la ley del país en donde se verifica, el cesionario no podrá obrar en su propio nombre ante los tribunoles del país en donde se ha trasmitido el efecto en la forma referida, contra las prescripciones de la ley que no reconocen la validez de semejante traslacion. Se ha decidido, sin embargo, que el cesionario puede demandar en el país en donde se ha suscrito dicho billete, y que no pueda oponérsele válidamente la excepcion de que la traslacion del título se ha efectuado en otro país en que no era reconocida, atendiendo a que, segun la ley originaria del contrato y la intencion presunta de las partes, la traslacion debe ser eficaz ante la ley bajo cuyo dominio se extendió el billete, con la cualidad de negociable y trasmisible por medio del endoso (1).

Supongamos la hipótesis contraria, á saber: que un billete ha sido suscrito en un país en donde no es trasmisible por medio del endoso, y que ha sido endosado en otro cuya ley permite la trasmision de su propiedad por este medio.

Para juzgar de la eficacia de la trasmision respecto de un tercero, conviene aplicar los principios desarrollados con arreglo á la cesion de los créditos. El Tribunal de Nueva-York ha resuelto el caso siguiente: Un billete extendido en Connecticut, pagadero á *A* ó á su órden, pero no trasmisible por medio del endoso, con arreglo á la ley de este Estado, ha sido endosado en Nueva-York, en donde era permitido hacerlo. El cesionario procedió en Nueva-York contra el que habia suscrito el billete, siendo rechazada la excepcion alegada por este último. En estas circunstancias el Tribunal ha fallado que, segun los principios universalmente aceptados, los contratos justos y legítimos con arreglo á la ley del lugar en donde se han verificado, deben ser sancionados por el Tri-

(1) Chitty, *On bill*, c. b., p. 218 (Lóndres, 8.ª edic.); Kames, *On equity*. b. 3, c. 8, § 4.

bunal; que la *lex loci contractus* puede valer para determinar la naturaleza y los efectos jurídicos de un contrato, no para decidir quién puede ser el demandante en justicia; que estando obligado el deudor á pagar al beneficiario ó á su órden, no podia negarse la accion al concesionario (1).

Sin embargo, en este caso hubiera podido decirse que las palabras *á la órden*, contenian implícitamente la negociabilidad del billete. De donde puede establecerse como regla general que, cuando un billete, negociable en un principio, ha sido trasmitido por medio del endoso, en lo que concierne á la eficacia de la trasmision entre las partes, debe aplicarse la ley del lugar en donde el billete ha sido endosado; mas para la eficacia respecto de un tercero, será necesario tener en cuenta los principios ya expuestos para la cesion de los créditos (2).

353. Supongamos que se extiende en Italia una letra de cambio sobre Lóndres, endosada en París, en Nueva-York, en Boston, y que no se ha pagado á su vencimiento. A primera vista parece que, para determinar la tasa de los intereses á que están sujetos el librador y los endosantes, deberá aplicarse la ley inglesa. En efecto, el pago debe verificarse en Lóndres; aquí es donde ha tenido efecto la demora, y con arreglo á esta ley es como debe determinarse el interés, que será, por consiguiente, de un 5 por 100. No es, sin embargo, esta la solucion más justa, en nuestro sentir. El librador y el endosante no se han obligado á pagar una suma en otra plaza, sino á garantir la aceptacion y el pago de la letra en un lugar determinado, y en su defecto, á restituir los valores ó la suma recibida en el lugar en donde han estipulado el contrato de cambio. La tasa del interés de demora debe determinarse, por consiguiente, con arreglo á la ley de cada uno de los países en donde se ha realizado cada contrato, y será, por lo tanto, de un 6 por 100 para el librador y el endosante en París, de un 20 por 100 para el endosante de Nueva-York, y de un 10 por 100 para el endosante de Boston, segun las leyes de los países respectivos (3).

---

(1) Story, *Conflict of law*. § 357.

(2) Véase el núm. 340 y sig.

(3) Véase el núm. 262; Pardessus, núm. 1.500; Kent, *Comment.*, leccion 44; Massé, núm. 620.

354. Cuando una letra de cambio girada sobre el país A, ha sido aceptada en el país B, debe aplicarse, para todas las consecuencias jurídicas que de la aceptacion se desprenden, la ley del lugar en donde la letra ha sido aceptada. Hay que advertir que el contrato de aceptacion se considera perfecto ó ultimado, segun Casaregi: «*eo loco quo ultimus in contrahendo assentitur* (1);» de donde se deduce que, si el aceptante está domiciliado en un lugar y acepta en otro una letra pagadera en otra parte, las consecuencias jurídicas de la aceptacion deben determinarse con arreglo á la ley del país en donde la letra ha sido aceptada. Todo lo que se refiere al pago y á la moneda en que debe realizarse, así como las consecuencias que se derivan del depósito precedido de las ofertas, es regido por la ley del lugar en donde debe efectuarse el pago de la letra (2). Respecto de la tasa del interés á que puede estar sujeto el aceptante, si no paga la letra á su vencimiento, debe ser determinada con arreglo á la ley del lugar en donde la letra debe ser pagada, no segun la del país en donde ha sido aceptada.

En Manchester (Inglaterra) se ha girado sobre una sociedad comercial establecida en Boston (Massachussets), una letra pagadera en Lóndres, y ha sido aceptada en Manchester por un indivíduo de dicha sociedad que en aquella ciudad se encontraba. No habiéndose pagado la letra á su vencimiento, surge la cuestion sobre si ésta, girada, aceptada y pagadera en Inglaterra, debe ser considerada como un contrato inglés, y regida, por consiguiente, por la ley inglesa, ó si se debe considerar como una letra aceptada en Boston, en donde la sociedad se halla establecida, y por tanto, si la tasa del interés debe ser de un 10 por 100, con arreglo á la ley de Massachussets, ó de un 5 por 100 conforme á lo que dispone la ley inglesa. El Tribunal Supremo de Nueva-York ha decidido, en casos análogos, que semejante contrato debe considerarse como un contrato inglés, y que á falta de pago, el interés debe ser de un 5 por 100, con arreglo á la ley inglesa. El Tribunal

---

(1) *Disc. leg.*, 179, núm. 1.

(2) V. el cap. V de esta seccion; Massé, *Derecho comercial*, número 610; Pardessus, núm. 1.495; Story, § 308, 313, *b*; Alauzet, t. II, número 900.

de Massachussets, por el contrario, ha decidido que, estando domiciliada la sociedad en Boston, la aceptacion por un asociado, sea cualquiera el lugar en que se haya verificado, no cambia la naturaleza del contrato, que debe ser considerado como hecho en el lugar en donde la sociedad tiene su principal asiento, y que la tasa del interés debe ser, por consiguiente, el 10 por 100 (1).

La cuestion aquí propuesta no puede resolverse por el mismo principio, porque implica dos cuestiones muy distintas: es la primera, la de saber si semejante contrato debe ser considerado como un contrato inglés ó como un contrato hecho en Boston; la segunda, si la tasa del interés debe ser determinada con arreglo á la ley inglesa ó segun la ley de Boston. En cuanto á la primera cuestion, si el asociado ha aceptado el contrato por la sociedad, debe considerarse este como hecho en el lugar en donde la sociedad se halla establecida, por la razon de que todas las obligaciones de una sociedad son consideradas como hechos en el lugar en dónde aquella tiene su asiento permanente; de aquí solo puede deducirse que la responsabilidad y las obligaciones de la sociedad, á consecuencia de la aceptacion, deben apreciarse segun la ley de Boston, pero no se sigue que la tasa del interés, en caso de protesto, deba evaluarse segun la misma ley, porque el pago debe efectuarse en Lóndres, y la tasa del interés, en el caso de falta de pago, debe determinarse con arreglo á la ley inglesa, no á la de Boston.

Haremos notar, por último, que, cuando en un efecto de comercio negociable y pagadero á plazo fijo, no se ha especificado el lugar del pago; debe considerársele como pagadero en donde quiera que se halle el deudor principal al tiempo de su vencimiento; y., por consiguiente, la tasa del interés, en caso de demora, debe ser determinada con arreglo á la ley del lugar en donde se pide y se niega el pago. En cuanto á lo que se refiere á la naturaleza del contrato primitivo y á las obligaciones del deudor principal, debe aplicarse la ley del lugar en donde el contrato se ha ultimado, porque no puede presumirse que las partes se hayan referido á una ley diferente.

---

(1) Story, § 319 y sig.

355. Una de las consecuencias que de la falta de pago se derivan, es la reparacion de los daños. El poseedor de una letra protestada puede extender otra nueva, por la que se reembolse del capital de la letra protestada, de los gastos soportados y del nuevo cambio que paga, el cual debe especificarse en la cuenta de resaca que debe acompañar á la devolucion. Aquel á quien se devuelve la letra con la cuenta de resaca, puede dirigirla á su vez sobre su endosante, y así sucesivamente hasta llegar al librador. Segun ciertas legislaciones, pueden acumularse los recambios. Esto sucede con arreglo á la legislacion inglesa (1). Nuestra ley (art. 268, por el contrario, la ley francesa (art. 283) y otras, no permiten acumular los recambios. Puede surgir la cuestion de saber si una letra extendida en un país en donde no se admite la acumulacion de recambios, endosada y pagadera en otro en donde esta acumulacion es permitida, puede dar lugar á la acumulacion de los recambios contra el que gira y contra los endosantes.

Las obligaciones del librador deben ser regidas por la ley del lugar en donde la letra tiene su orígen. Si el que gira suscribe el documento dando facultad al beneficiario para negociarlo por su cuenta y riesgo, debe garantir el pago y soportar todos los daños causados por la negacion del mismo. Por consiguiente, si segun la ley bajo la cual se ha obligado, está sujeto á sufrir la acumulacion de los recambios como pena de la inejecucion de su obligacion, parece evidente que debe ser condenado á ello, aun cuando la ley del lugar en donde la letra debia ser pagada, fuese diferente.

Respecto á los endosantes que han trasmitido sucesivamente la letra de cambio en los países regidos por leyes diferentes, cree Pardessus que están tambien obligados á soportar la acumulacion de recambios, y razona de la manera siguiente: «La acumulacion de recambios es evidentemente la pena de falta de cumplimiento de la obligacion solidaria del que gira y de los endosantes á hacer pagar la letra. Así como el librador dá la facultad de negociar la letra por su cuenta y riesgo, y se obliga á reembolsar los recambios acumulados, en caso de inejecucion, cada endosante que garantiza el pago

(1) Bestovi, *Resúmen de la legislacion inglesa*, p. 206.

dá la misma facultad y asume las mismas obligaciones respecto del endosante subsiguiente. Es verdad que podria decirse que no se puede presumir que cada endosante prometa más de lo que contiene el endoso por él suscrito, ó que el que se supone contenido por la disposicion de la ley bajo que se ha trasmitido la letra; pero no es bajo este punto de vista como debe considerarse la cuestion. La obligacion de los daños y perjuicios forma parte del contrato entre el librador y el beneficiario. Cada endosante garantiza las obligaciones de aquél, y puede, por consiguiente, ser obligado á pagar los daños y perjuicios como el librador mismo, en caso que la letra no fuese pagada á su vencimiento (1).

Massé, por el contrario, sostiene que el que libra y los endosantes que han suscrito la letra en un país en el que está autorizada por la ley la acumulacion de recambios, están igualmente sujetos, cuando la letra es pagadera en otro donde no es permitida dicha acumulacion, pero que no pueden estarlo los endosantes que han trasmitido la letra bajo el imperio de una ley que no admite la acumulacion mencionada. La razon que dá para ello es, que el endoso constituye un acto distinto, y que para sus efectos relativamente al que endosa, debe ser examinado y apreciado con arreglo á la ley local. Los endosos verificados en Francia, en donde la acumulacion de recambios no es permitida, no pueden someter al endosante á que soporte las cargas, por la sola razon de que la letra ha sido extendida y endosada originariamente en Lóndres, en donde la ley permite la acumulacion (2).

Parécenos que en ambas opiniones hay una parte de verdad (3). Supongamos que una letra sea girada en Lóndres sobre Marsella en beneficio de *A*, francés, el cual la ha endosado en Francia á un inglés, que á su vez la ha negociado en Inglaterra, de suerte que, antes de su vencimiento, haya pasado la letra, primero á poder de un inglés, despues al de un francés, y sea protestada. Si el portador, que puede obrar individualmente contra el que gira y contra cada uno de los

(1) *Derecho comercial*, núm. 1.500.

(2) Massé, *Derecho comercial*, núm. 622.

(3) Véase una sentencia del tribunal de Génova del 17 de Agosto de 1811. (Asunto Deluchi.) *Pasier*.

endosantes, ó colectivamente contra todos, prefiere proceder contra el francés, que es sudcedente inmediato, y se reembolsa mediante una nueva letra, y si el cedente se vuelve contra su endosante francés, y así sucesivamente, hasta llegar al librador francés, cada endosante deberá soportar, por el endoso suscrito en Francia, el recambio de endosante á endosante. En efecto, la ley francesa no permite la acumulacion de recambios, y para autorizarla respecto á los endosantes franceses no puede alegarse, como razon bastante, que la letra de cambio se haya extendido bajo una ley que permita la acumulacion. Sin embargo, los recambios se han acumulado por los endosos hechos en Inglaterra, y el librador, que puede ser citado en último caso para pagar el total de capital y gastos de resaca, debe soportar tambien la acumulacion de los recambios, segun la disposicion de la ley inglesa.

Supongamos ahora que el portador de la letra de cambio presentada, prevaliéndose del derecho de dirigirse á su antojo contra uno ú otro de los obligados, procede contra el endosante inglés y que éste procede contra su cedente, que á su vez lo verifica contra *A*, el endosante francés. En tal caso, este último no puede negarse á soportar la acumulacion de recambios ocurridos entre los endosantes ingleses. Es verdad, en efecto, que el francés ha endosado la letra en Francia, y que debe aplicarse la ley francesa para los endosos verificados en este país; pero habiendo venido á ser este francés garante solidario, y estando como tal obligado á pagar todos los gastos que son la pena de la inejecucion, del mismo modo que el librador para determinar la extension de los daños y perjuicios de que él es garante, debe arreglarse á la ley del país en donde tuvo orígen el contrato.

Así, pues, en la primera hipótesis, el librador inglés no ha pagado la nueva letra, y todos los gastos de resaca, y si el portador ha citado al endosante francés, este último puede ser condenado á pagar tambien los recambios acumulados en Inglaterra, porque es garante solidario de las obligaciones del librador.

En la hipótesis contraria, es decir, suponiendo que la letra girada de Marsella sobre Lóndres sea negociada primero en Francia, y despues en Inglaterra, y protestada luego, los endosantes ingleses pueden ser condenados á soportar entre sí la acumulacion de recambios, pero no pueden estar sujetos

á esto el librador ni los endosantes franceses, á causa de que los daños y perjuicios á que el girante se ha obligado son los que tenia con arreglo á la ley bajo la cual ha contratado, y la ley del país en donde la letra se ha girado es siempre la que debe aplicarse para determinar la extension de la obligacion del librador, y los daños y perjuicios en caso de falta de pago.

356. Cuando la letra de cambio no ha sido pagada á su vencimiento, el portador que la ha endosado ó el que la ha pagado por intervencion, tiene derecho de obrar contra todos aquellos que han suscrito la letra, los cuales están solidariamente obligados al pago, á ménos que los efectos de esta solidaridad sean modificados por la incapacidad de los que lo han suscrito, ó por la ley bajo la cual se han obligado.

Si la letra ha sido aceptada, el portador debe ejercitar la accion preliminar contra el pagador que se ha convertido en deudor directo y principal de la suma indicada en la letra aceptada por él, y esta accion debe ejercitarse con arreglo á la ley del país en que se ha verificado la aceptacion de la mencionada letra. Cuando ésta no ha sido aceptada y el portador quiere proceder, ora ejerciendo los derechos del que gira, ora en virtud de una promesa de aceptacion, ora, en fin, como mandatario en su propio interés, entablando, por ejemplo, la prueba de la existencia de la provision de fondos, deberá intentar su accion con arreglo á la ley del país en donde ha de verificarse la aceptacion, porque esta ley es la que rige las obligaciones recíprocas entre el beneficiario ó portador de la letra y el aceptante.

357. La accion del portador contra el que gira y los endosantes es una accion subsidiaria, porque se han obligado á garantizar el pago y á pagar tan luego como se ha confirmado la negativa del deudor principal, que es el pagador, á verificar el pago. Segun la ley de algunos Estados de América, como por ejemplo, en el Illinois, el portador de una letra protestada, despues de haber avisado el protesto al librador y al endosante, puede obrar primeramente contra la persona de donde la letra procede, é intentar la accion contra ella para hacerse pagado. Si pór este medio no consigue recobrar la suma, podrá recurrir contra el endosante.

En este caso, siguiendo el principio que el endoso debe ser considerado como un nuevo contrato, se ha decidido que el

endosante debe ejercitar su accion con arreglo á la ley del país en donde la letra ha sido endosada. En efecto, las dos partes que negocian una letra pueden añadir á su convenio cuantas restricciones crean convenientes, con tal que no estén en contradiccion con la esencia del contrato ó con la ley bajo la cual se obligan. El endosante puede trasmitir la letra sin garantía, ó restringir sus obligaciones exclusivamente á las garantías civiles, ó excluir el arresto, ó modificar los derechos del portador contra él. Si con arreglo á la ley del país en que la letra ha sido endosada no puede el endosante proceder contra el cesionario sino á condicion de haber intentado primeramente su accion contra el librador, esta disposicion, que limita y modifica el ejercicio de la accion que se deriva del contrato de cambio, debe valer, aunque sea diferente la ley del lugar en que la letra deba pagarse.

Debemos observar, sin embargo, que, si la letra de cambio ha sido endosada en el Illinois y despues en un país regido por leyes diferentes, puede valer la limitacion entre el cesionario y el endosante illinoyense; pero la accion del portador no puede ser limitada respecto de los endosantes posteriores que han trasmitido la letra á países regidos por leyes diferentes. La razon de ello es porque cada cesionario puede asumir relativamente á su endosante obligaciones y garantías mayores que las que él mismo tuviera contra el cesionario.

358. Por estos mismos principios es por lo que debe resolverse la cuestion de si el poseedor de una letra de cambio protestada por falta de pago puede ejercitar la accion en garantía colectivamente contra los endosantes y el librador, ó si está obligado á obrar separadamente contra cada uno de ellos.

Nuestra ley concede la accion colectiva (1); la ley austriaca, por el contrario, obliga al poseedor á dividir su accion (2). Si la letra se extendió en Italia y despues se endosó en Austria, tendrá el poseedor la accion colectiva, áun contra los endosantes austriacos. Debe juzgarse, en efecto, de la na-

---

(1) *Código del Comercio*, art. 250.

(2) Ordenanza del 26 de Abril de 1816; Nouguier, *De las letras de cambio*, t. II, p. 162.

turaleza de la obligacion solidaria, con arreglo á la ley del país en donde el contrato ha tenido su orígen, porque pertenece á la esencia de la obligacion, y constituye su propia validez y la seguridad del acreedor. El que trasmite la letra de cambio de su derecho de ejercitar la accion de garantía colectivamente contra el que gira y los endosantes. El endosante austriaco la acepta y trasmite con este beneficio, y el portador no puede perder este derecho por la razon de que la letra de cambio ha sido endosada y es pagadera en Austria, y podrá ejercitar la accion de garantía con arreglo á la ley bajo que varió la obligacion solidaria primitiva.

Si la letra tiene su orígen en Austria y despues ha sido endosada en Italia, no puede el portador ejercitar la accion colectiva contra el librador y los endosantes austriacos, porque el cedente no podia trasmitir un derecho mayor que el que él mismo tenia respecto del librador y de los endosantes anteriores. Sin embargo, en nuestro sentir, podria ejercitar la accion colectiva contra los endosantes italianos, no obstante la opinion contraria de Massé (1).

En efecto, el que cede un crédito que ha adquirido es libre, ya sea mediante convenios especiales, ya tácitamente, refiriéndose á la ley del país en que se ha hecho la cesion, de determinar la obligacion de garantía que asume respecto á su cesionario. Es verdad que el cedente no puede trasmitir á éste derechos mayores que los que él mismo tiene en relacion á su cedente; pero no lo es que el cedente no pueda asumir, con relacion á su cesionario, mayores obligaciones.

Como el que compra sin garantía puede vender con ella, asimismo el que firma un endoso puede asumir obligaciones más ó ménos extensas, segun la ley del lugar en donde la cesion se ha hecho, y está obligado, con relacion á su cesionario y á todos aquellos que despues hallan venido á ser poseedores de la letra, sujeto á todas las consecuencias que proceden de la inejecucion, con arreglo á lo prescrito por la ley bajo la cual se obliga (2). Para los endosos hechos en Italia sobre una letra originaria de Austria, debe, pues, admitirse el recurso colectivo, lo mismo en favor del portador contra los en-

(1) *Derecho comercial*, n. 625.

(2) Pardessus, números 1.485 y 1.499.

dosantes italianos, que en beneficio de cada endosante contra cada uno de los endosantes italianos anteriores, porque de la naturaleza de la obligacion solidaria asumida por ellos debe juzgarse con arreglo á la ley de nuestro país, en donde la letra ha sido endosada.

359. En cuanto á las condiciones que deben realizarse para que el poseedor de la letra pueda tener la accion, y en cuanto al plazo en que ésta debe ejercitarse, notamos que aquel que garantiza puede hacerlo con las condiciones que estime convenientes, y hasta determinar el tiempo durante el cual quiere estar obligado. Si nada de esto se ha convenido expresamente, debe presumirse que las partes se han referido tácitamente á la ley bajo que se han obligado. De aquí que la ley del país en donde se ha verificado la cesion debe ser considerada como el suplemento del contrato de las partes, y debe aplicarse para determinar si puede ser admitida la accion de garantía.

Segun ciertas legislaciones (1), el portador de una letra está obligado á presentarla al deudor para la aceptacion, y á protestarla en su defecto.

Segun otras legislaciones (2), el portador no está obligado á presentar á la aceptacion sino las letras pagaderas á la vista y á un dia fijo. Ciertas leyes dispensan al portador de hacer un nuevo protesto en caso de falta de pago, cuando lo ha hecho anteriormente por falta de aceptacion ó por quiebra del pagador (3).

Nuestra ley dispone lo contrario (4). En estos casos y otros análogos, debe decidirse con arreglo á la ley del país en donde la letra ha sido girada, si, contra la accion de garantía es admisible la excepcion del girante en caso de falta de protesto. De nada sirve decir que siendo la aceptacion un modo de ejecucion y un preliminar de pago, debe aplicarse la ley

---

(1) Código del Comercio portugués, art. 396; Idem español, artículo 481; idem italiano, art. 206.

(2) Código del comercio francés, art. 160; Ley de 19 de Marzo de 1817; legislacion inglesa. Leon Levi, *Com. intern. law*. p. 397, (segunda edicion).

(3) Nouguier, De las letras de cambio, tít. I, p. 480.

(4) Código italiano, art. 249.

del lugar en donde la letra ha de pagarse, porque la necesidad de la aceptacion y del protesto por falta de este requisito, se dirigen más bien al fondo del derecho que á la manera de ejercitarlo. El que gira una letra bajo una ley que exige que sea presentada á la aceptacion del pagador, garantiza el pago á condicion de que el beneficiario aproveche los medios de que disponga el pagador, exigiéndole la aceptacion que le hace deudor directo y le prohibe disponer de los fondos que tiene en su poder. La letra pasa á manos de los endosantes sucesivos con la misma condicion, y el portador no puede ejercitar la accion sino cuando se ha cumplido la condicion.

360. Asimismo, para los plazos en que el tenedor y los endosantes deben ejercitar la accion y para los errores considerados como privados de todo derecho de recurso, debe aplicarse tambien la ley del lugar en que se ha hecho la cesion. Notemos aquí que cuando la accion del tenedor contra el que gira ha prescrito por falta de una de las formalidades necesarias para la conservacion del derecho en sí mismo, ha prescrito tambien contra los endosantes; pero si el portador ha conservado el derecho de recurrir haciendo constar el protesto dentro del plazo establecido por la ley del país en donde la letra ha sido girada, y en la forma determinada por la ley del lugar en que debia ser aceptada y pagada y si quiere ejercitar la accion contra el librador y los endosantes, debe proceder contra el primero dentro de los plazos establecidos por la ley del lugar en donde se estendió la letra, y contra los segundos en los plazos fijados por cada una de las leyes en que se ha verificado el endoso.

La razon de ello es siempre, porque cada uno de los contratos hechos por medio del endoso es un contrato particular, por más que se refiera al contrato primitivo por la cosa y por el derecho cedidos. El endosante puede trasferir la letra sin garantía, y obligarse á garantirla bajo la condicion de que, á falta de pago, se le notifique el protesto, ó que se le cite en un plazo determinado pasado el cual no entiende estar obligado por ninguna garantía. Si nada de esto se ha estipulado expresamente, quiere decir que el interesado se ha referido á la ley bajo la cual se obliga, y con arreglo á ella es como debe decidirse únicamente si puede dirigirse contra él una accion de garantía. Este principio sirve tambien para juzgar acerca de los plazos en que cada endosante puede

proceder contra su cedente, ó contra los endosantes anteriores. Cada cesionario de la letra de cambio en cuanto ha garantizado solidariamente su pago, se somete, respecto de la accion que puede intentarse contra él, á la ley del lugar en donde se ha contratado la cesion cuyos efectos se ha comprometido á garantizar (1).

Concluimos, pues, que los plazos en que puede ejercitarse el recurso individual contra el librador y los endosantes, deben ser siempre determinados por la ley bajo la cual se han obligado, ora admitiendo la letra, ora endosándola.

Si el tenedor quisiera ejercitar despues el recurso colectivo contra el librador y los endosantes, deberá obrar contra cada uno de ellos en el plazo fijado por cada una de las leyes bajo las cuales se han obligado (2).

---

(1) Pardesus, Derecho comercial, núm. 1.499. Nuestro Código de comercio, dispone sobre este punto lo siguiente:

Art. 252. Si una letra de cambio extendida en un punto del reino y pagadera en un país extranjero fuese protestada, el tenedor debe proceder contra el librador y los endosantes residentes en el reino, en el plazo de noventa dias, si la letra es pagadera en un estado de Europa; de ciento ochenta si es pagadera en un Estado de las costas septentrionales de Africa, de las escalas de Levante ó del Mar Rojo, de dos cientos cuarenta si es pagadera de un Estado de Africa ó de América en las costas del Occéano Atlántico; de un año, si lo es en un Estado de América de las cos as del pacífico, ó en un Estado de Africa ó de Asia, en las costas del Océano índico; de diez y ocho meses, si es pagadera en un estado de Asia sobre el Océano pacífico, ó en una plaza de occeanía. Loe plazos indicados anteriormente se duplican en tiempo de guerra marítima, si la letra es pagadera en una plaza en donde el tráfico se hace por mar en todo ó en parte.

Art. 282. Las acciones relativas á la letra de cambio y á los billetes á la órden, que no son simples obligaciones, prescriben trascurridos cinco años á contar del dia de protesto, y si no lo hubiese, desde la fecha del vencimiento.»

(2) Hé aquí en resúmen algunos de los principios adoptados por la jurisprudencia francesa sobre la cuestion de los efectos de comercio. Las formas exigidas para la regularidad de un efecto de comercio, son determinadas por la ley del país en donde aquel ha sido suscrito. Sala de requisiciones, 18 de Agosto de 2856; Dalloz, 1857, 1, 39. Así, pues, un billete á la órden ó con promesa de pagar suscrito en Inglaterra es regular, por más que el firmante que no lo haya escrito de su puño y

letra, no haya hecho preceder su firma de un *bueno* ó *aprobado*, con indicacion de la suma en él enunciada. (Véase la misma sentencia), ó aunque este billete haya sido declarado pagadero á la órden del firmante, sin indicacion de aquél en cuyo beneficio ha sido expedido, está en regla el endoso. (Id. id.) Una letra de cambio extendida en Lóndres por un inglés, aceptada por un francés y declarada pagadera en la misma ciudad, debe, en cuanto á su carácter, ser regida por la ley inglesa, de suerte que el aceptante no tendrá ningun fundamento para pretender que un título no es una letra de cambio, por falta de la condicion de ser remitida de una plaza á otra, puesto que la ley inglesa atribuye este carácter á los documentos estendidos en una plaza y pagaderos en el mismo lugar, cuando han sido aceptados. (Tribunal de Paris, 7 de Febrero de 1839; Dalloz, V° leyes, J. G. 429, 2.°, y efectos de comercio, 892).

La forma del endoso es regida por la ley del país en que ha sido consentido. (Tribunal de Paris, 20 de Noviembre de 1854. Dalloz, 1857, 2, 106; Tribunal de Rouen, 1 de Diciembre de 1851). Por consiguiente, el endoso en blanco de las letras, cuyo valor exceda de cinco libras esterlinas, siendo válida con arreglo á la ley inglesa, semejante endoso hecho en Inglaterra, produce los efectos atribuidos en Francia á un endoso regular. Tribunal de Paris, 20 de Noviembre de 1854. Dalloz, 1857, 2, 106. Asímismo, basta el endoso en blanco para la trasmision de la propiedad de las letras giradas en Bruselas y pagaderas en Inglaterra. (Tribunal de Paris, 12 de Abril de 150. Dalloz, 1850, 2, 148).

# CAPITULO X.

## DE LA QUIEBRA (1).



361. Hemos creido oportuno tratar aquí de los cònflictos que pueden surgir en la aplicacion de las leyes sobre la quie-

(1) Despues de redactado este capítulo, ha publicado Fiore un excelente tratado de la *quiebra segun el derecho privado internacional.* Este tratado se compone de una introduccion y de ocho capítulos. En la introduccion, demuestra Fiore que es necesario admitir un derecho comun para resolver los conflictos entre las leyes de los diversos Estados, é indaga el derecho comun que deberia establecerse en mate-

bra, porque, entre las muchas y diferentes cuestiones, merecen una atencion especial las relativas á las obligaciones con-

---

ria de quiebra, y expone las diversas especies de conflictos que pueden surgir.

En el capítulo I examina Fiore si la ley que rige la quiebra es ó no aplicable á los extranjeros; trata en el II del tribunal competente para declarar la quiebra. En el capítulo III se ocupa de los efectos del juicio de declaracion de la quiebra. Pregúntase, primeramente el autor, si puede invocarse la sentencia de un tribunal extranjero para probar que el deudor se encuentra en estado de quiebra, y si es necesario declararle ejecutorio; pasa revista á todas las soluciones más recientes dadas por la jurisprudencia, y expone la doctrina que prevalece en Bélgica y en Italia. Hé aquí el modo cómo resuelve la cuestion: «El juicio de quiebra, en cuanto á todos los efectos legales sobre los bienes pertenecientes al quebrado, y á los derechos de que puede disponer, es eficaz en todas partes y debe tener autoridad de cosa juzgada, sea cualquiera el lugar en que los bienes se hallen situados, sin que haya para esto necesidad de declararlo ejecutorio. A partir de la fecha en que se dió la sentencia, debe despojarse al quebrado de la administracion de sus bienes y sustituirle con síndicos legalmente encargados de representarle jurídicamente; deberá hacer nulos los contratos relativos á los bienes y de fecha posterior al juicio, las hipotecas inscritas y los hechos de cualquier naturaleza que sean, siempre que el acreedor, despues de dada la sentencia, tienda á eludir por este medio sus efectos en interés propio. Mas cuando los síndicos, en el ejercicio de sus funciones quieran proceder á medidas de ejecucion contra los bienes ó contra la persona, solo entonces es cuando deben dirigirse al magistrado del país en donde quieran emplearse dichas medidas, y hacer declarar ejecutoria la sentencia. Solo á nombre de la soberanía territorial es como puede ejercerse el poder coercitivo, y llegar. en caso de quiebra, á la expropiacion y á la enagenacion de los bienes.» Ocúpase despues Fiore de los efectos del juicio relativamente á los bienes del quebrado y á su capacidad. El capítulo IV está consagrado á los síndicos y á sus atribuciones; el capítulo V, á la realizacion de los créditos; en el capítulo VI, trata el autor del concordato; en el VII, de la reunion de los acreedores y del modo de proceder á la liquidacion de la quiebra y á la reparticion del activo. El capítulo VIII, contiene desarrollos sobre la escusabilidad y sobre la rehabilitacion del quebrado. Hé aquí la conclusion de esta interesante y erudita publicacion: «Habiendo llegado al término de nuestras investigaciones, conviene resumir sus resultados. Nos hemos propuesto estudiar cuál deberia ser el derecho comun en materia de quiebras y

traidas por el comerciante antes ó despues de haber sido declarado en quiebra.

---

cuáles las reglas para resolver los conflictos posibles de las legislaciones. Hé aquí nuestras conclusiones:

1.° No deberia establecerse ninguna diferencia entre nacionales y extranjeros en cuanto al goce de las ventajas procedentes de las leyes que rigen el comercio, ni quitar por consiguiente á los extranjeros el derecho de hacer declarar la quiebra en el país de domicilio comercial, y obtener sin restricciones, sino en igualdad de condicion jurídica con los nacionales, la aplicacion de las leyes allí vigentes.

2.° El tribunal del domicilio comercial deberia ser competente para declarar igualmente la quiebra de un extranjero, y para resolver todas las cuestiones incidentales procedentes de la suspension de pagos. En la hipótesis de que los establecimienios comerciales fuesen distintas y estuviesen separados, el tribunal de cada uno de los países en que se encuentran, debe ser competente.

3.° El juicio que dec ara la quiebra que aun no se ha hecho ejecutorio, deberia valer ante los tribunales de cualquier país, para comprobar la época de la suspension de pagos, y tener en todas partes autoridad de cosa juzgada para impedir que los acreedores, con las acciones individuales, puedan eludir sus efectos.

4.° El juicio de quiebra, aunque la teoría sostenida por los autores y la jurisprudencia establecida sean diferentes, deberia ser eficaz para todos los efectos legales sobre los bienes pertenecientes al quebrado y sobre los derechos de que éste pudiera disponer, y antes de hacerlo ejecutorio, deberia tener en donde quiera su autoridad de cosa juzgada. Solo en el caso en que se quisiera, en virtud de este juicio, proceder por via de ejecucion contra los bienes, es cuando deberia el magistrado, sin discutir de nuevo la causa en el fondo, examinar si los medios de ejecucion podrian atentar contra el derecho público del Estado y contra los derechos de su soberanía territorial.

5.° Sin aceptar las diversas distinciones, establecidas por los autores y sancionadas por la jurisprudencia, deberíamos admitir que la capacidad del quebrado, modificada; por la ley de su domicilio comercial, deberia valer universalmente, y que estos contratos debian tener por objeto sus bienes, muebles é inmuebles.

6.° La autoridad de los síndicos deberia considerarse establecida por el juicio que declara la quiebra, y antes de haberse hecho ejecutorio, deberian ser admitidos en todas partes á ejercer las funciones que les atribuye la ley del país en donde se ha declarado la quiebra. Solo cuando quisieran emplear vias de ejecucion contra la persona y bie-

La quiebra es un estado excepcional y una condicion enteramente especial, en la que sólo puede encontrarse el co-

---

nes del quebrado, deberia ser necesario declarar con anticipacion ejecutorio el juicio.

7.° Todos los acreedores, sin distincion, nacionales y extranjeros, deberian presentar sus títulos al tribunal que hubiese declarado la quiebra. Para el procedimiento deberian seguirse las formas establecidas por esta ley; para las contestaciones, cuando la competencia del tribunal que ha declarado la quiebra, pudiera ser legitimada, deberia este tribunal decidir en el fondo y admitir la prueba con arreglo á la ley del país en donde tuvo su orígen el derecho controvertido, y seguir las reglas particulares para ventilar los litigios relativos al total del crédito.

8.ª El acuerdo ó la conformidad deberia poder oponerse en todas partes contra los acreedores nacionales ó extranjeros, segun las reglas establecidas por la ley del país en donde la quiebra ha sido declarada. Por esta razon, no debia ser necesaria la declaracion ejecutoria del juicio de homologacion, ó hacer homologar la conformidad por el magistrado local, con tal que la autoridad extranjera que ha homologado el acuerdo sea competente, y que el acta misma no contuviese disposiciones contrarias al derecho público del país en donde se quiere que el concordato produzca sus efectos,

9.° El privilegio sobre los bienes del quebrado, con tal que fuese adquirido antes de la declaracion de la quiebra, con arreglo á la *lex rei sitæ*, deberia ser respetado aun cuando las cosas se hubieran trasladado despues al domicilio del quebrado. El privilegio adquirido despues de la fecha del juicio, no debe ser válido, ni un embargo hecho despues de la declaracion de quiebra, podrá conferir ningun derecho de preferencia, sino que el acreedor que quiera concurrir á la reparticion del activo, deberá renunciar al privilegio, si la ley de la situacion de la cosa se lo concediese, y aportar á la masa comun lo que hubiera recobrado indebidamente por medio de la quiebra.

10. Las hipotecas convencionales, legales ó judiciales adquiridas con arreglo á la *lex rei sitæ*, deberian ser respetadas. Tambien deberia permitirse á los acreedores hipotecarios ejercer sus acciones sobre los inmuebles hipotecados, y en tal caso, el remanente deberia entregarse á los síndicos; ó si la venta de los inmuebles hipotecados se habia verificado por el magistrado local por comision rogatoria del que ha declarado la quiebra, los acreedores hipotecarios conservarán siempre sobre el precio, que deberá ingresar íntegro en la masa comun, la propiedad ya adquirida segun la *lex rei sitæ*.

11. El mismo tribunal que ha declarado la quiebra deberia ser

merciante que deja de hacer sus pagos. Segun que este estado sea la consecuencia de la imprudencia, de una falta ó de un dolo, así se denomina la quiebra bancarota, sencilla ó fraudulenta (1).

362. La primera cuestion que puede surgir es la de saber si el indivíduo que, ya por su declaracion, ya á instancia de uno ó muchos acreedores, ya de oficio, es declarado en quiebra, debe ser considerado como tal en todas partes. Los que siguen la doctrina de los estatutos indagan, para resolver esta cuestion, si las disposiciones de la ley, en materia de quiebra, son reales ó personales, y llegan á consecuencias enteramente opuestas, segun que hacen prevalecer la personalidad ó la realidad. Los unos consideran la quiebra como una *capitis diminutio* (2); comparan el quebrado con el incapacitado (3), y concluyen que, siendo esta condicion una cualidad personal que afecta el estado de la persona, la ley que á ella se refiere es una ley personal. Una sentencia del Tribunal Supremo Civil de Nápoles, dada en 22 de Diciembre de 1854, que ordena en el reino de las Dos Sicilias la ejecucion de una sentencia de quiebra del gran consulado de Turin, contra monsieur Caumont, está fundada en la personalidad de la ley. Observan otros que esta ley, antes de proveer al estado y

---

reputado el único competente para declarar escusable al quebrado ó para rehabilitarle sin hacer distincion entre nacionales y extranjeros.»

El tratado de Fiore sobre La quiebra segun el derecho internacional, se ha publicado en Pisa, en 1873.

(*N. de P. F.*)

(1) Los principios más importantes de las legislaciones modernas en materia de quiebra, se han copiado de las antiguas legislaciones comerciales italianas. Seis capítulos de los estatutos de Génova impresos en 1498 y reformados en 1588 están principalmente consagrados á esta materia, y forman un Código completo. En las leyes de Pisa, de Venecia, de Milan, de Florencia y de los demás Estados italianos, encontramos los mismos principios admitidos por los Códigos modernos. (Véase Stracca de *Decoctionibus*.)

(2) Ansaldas, *Dis.* 38, n. 31 y 32; Cardenal de Lucca, *De Cambiis*, *Dis.* 32, n. 15; Stracca, parte 3.ª, n. 28; Scaccia, *De Cambio*, § 2, glos. 5, n. 329 y 443.

(3) Fœlix, obra citada, n. 89, p. 188, tercera edic.

condicion jurídica del quebrado, provee al interés de los acreedores, y tiene por principal objeto impedir la pérdida de los bienes, que es la única garantía que les resta, y vigilar para que sean equitativamente distribuidos. De aquí concluyen que la ley es real, y que la incapacidad en que se coloca al quebrado se refiere sólo á los bienes situados en el Estado en donde tiene lugar la declaracion de quiebra (1).

363. Rocco demuestra que el objeto principal é inmediato del estatuto es el patrimonio del quebrado, y que la inhabilitacion y la incapacidad son un objeto secundario, ó mejor dicho, un simple medio, y de aquí concluye que, estando del mostrada hasta la evidencia la realidad del estatuto, «el deudor declarado en quiebra por nuestros tribunales será considerado como tal en el territorio del reino, y, en cuanto á sus bienes situados fuera del reino, será considerado de un modo distinto; su incapacidad se desvanece, y el resto de su fortuna, situada en el extranjero, no será, por consiguiente, arrastrada del mismo modo por la consecuencia de la quiebra (2).» Este escritor rechaza toda distincion, porque dice que toda forma de incapacidad personal del quebrado no puede separarse de sus relaciones jurídicas con sus bienes.

364. Massé y otros distinguen, por el contrario, entre las incapacidades que se derivan de la declaracion de quiebra, las que se refieren directamente á la persona del quebrado y las relativas á los bienes. Las primeras, como son, por ejemplo, la prohibicion de ejercer la profesion del comercio y de hacer operaciones de Bolsa, siguen, segun ellos, á la persona á todas partes, porque los estatutos son personales. Las segundas sólo valen en el país en que el comerciante ha sido declarado en quiebra, porque los estatutos son reales (3). De estos principios deduce Massé que la incapacidad del quebrado no es absoluta, sino relativa, y que el comerciante que ha sido declarado en quiebra en Francia puede vender sus bienes, muebles é inmuebles, en país extranjero, porque la ley que declara á una persona incapaz para realizar ciertos actos

(1) Rocco, l. c., 3.ª parte, cap. 31.

(2) Obra citada (edicion de Liburna de 1859), p. 359. Véase Casaregi, *Dis*. 30, n. 17.

(3) Massé, *Derecho com.*, n. 546.

concernientes á los bienes, alcanza sólo á los que existen en su dominio, y no puede extenderse á los situados en otro lugar (1). Por la misma razon, dice, puede el quebrado hacer en el extranjero pagos válidos en este sentido, á saber: que no pueden ser anulados en el país en donde se han hecho, porque la incapacidad no puede extenderse á los actos ejecutados en país extranjero.

365. Merlin, dejando aparte el exámen de la personalidad y de la realidad de las leyes sobre la quiebra, ha intentado resolver en la práctica las cuestiones por los principios de la equidad y de la buena fé. En cuanto á la enagenacion hecha por el quebrado en territorio extranjero, dice: «si el comprador sabia que el vendedor se hallaba en estado de quiebra y le ha comprado con perjuicio de los acreedores, puede anularse la venta, porque el comprador se ha hecho cómplice del fraude; pero si habia comprado de buena fé ó se hallaba en estado de probar que el vendedor habia sido declarado en quiebra por una falsa suposicion, no puede anularse la venta, y los acreedores del quebrado no pueden despojarle de la cosa, áun cuando hiciesen ejecutoria la sentencia que declara la quiebra, porque aquella no puede tener efecto retroactivo en perjuicio del comprador (2).»

366. La doctrina de Merlin no ataca los principios de la equidad como la de Massé, que admite, como regla general, que el quebrado puede válidamente enagenar y hacer pagos en país extranjero. Sin embargo, debemos observar que la cuestion principal es la de saber si el quebrado es ó no capaz de enagenar, y esta cuestion no se ha resuelto por Merlin (3).

Es verdad, en efecto, que, segun nuestra ley (Código del comercio, art. 551), segun la ley francesa (art. 453) y otras legislaciones análogas, la sentencia, que declara la quiebra, priva desde el dia de la fecha, y de derecho, al quebrado de la administracion de sus bienes y de los que adquiera mientras permanezca en su estado de quiebra. Este efecto es tan abso-

---

(1) L. c., n. 557 y 809.

(2) Merlin, *Repertorio*, v.° quiebra, seccion 11, § 2, artículo 10, n. 111.

(3) Véase Chassat, *De los estatutos*, n. 259.

luto y tan inmediato, que se deriva *ipso facto*, y sin que haya necesidad de ninguna disposicion particular, de la sentencia misma (1). Todos los actos que verique el quebrado posteriormente á la fecha de la sentencia, que tengan por objeto la disposicion de sus bienes, son nulos; y es de notar que la mayoría de los jurisconsultos, para decidir de la validez de estos actos, no se preocupan en lo más mínimo en saber si los terceros que han contratado eran ó no de buena fé. La razon que para ello dan es que, de hecho, se trata de una cuestion de capacidad, no de una cuestion de buena fé, y así como un contrato hecho por un menor ó por un interdicto con un tercero que ignoraba esta condicion de minoría ó de interdiccion es anulable, así tambien los actos realizados por un quebrado despues de haber sido privado de la administracion de los bienes, son nulos, por más que el tercero ignorase la sentencia y estuviese más ó ménos lejano del país en que ésta se ha pronunciado (2). Por consiguiente, para saber si los actos del quebrado, mediante los cuales dispone de sus bienes en país extranjero, son ó no válidos, es inútil discutir sobre la personalidad ó la realidad de los estatutos. Esta cuestion particular está comprendida en otra más general, es decir, en la de si los efectos y las consecuencias jurídicas que proceden de una sentencia de quiebra deben ser válidas en los límites territoriales del Estado en que se ha declarado la quiebra, ó si, por el contrario, deben ser eficaces áun en el extranjero.

Las antiguas teorías, fundadas en el principio del aislamiento de los Estados, no son aplicables á nuestros tiempos, y conviene sustituirlas con otra más justa para protejer los acreedores é impedir que el quebrado pueda realizar, en parte alguna, actos en perjuicio de aquellos. El quebrado que, desde el dia de la sentencia queda privado de la administracion de sus bienes, y es declarado incapaz para realizar actos ó contratos válidos en cuanto á estos mismos bienes, cuya

---

(1) Véase Pardessus, *Derecho comercial*, n, 1.116; Massé, n. 1.179; Casaregi, *Dis.* 53, n. 13; Rocco, *De decoctione*, n. 136, nota 45.

(2) Tribunal de Casacion francés, 8 de Octubre de 1806; Dalloz. 8, 69, Reg. 13 de Mayo de 1835 (*Pellegrino*, c. vels.); Dev, 35, 1, 707, 20 de Julio de 1846. Dev. 46, 1, 875. Véase *Renouard*, t. I, p. 292; Massé, n. 1.192; Dalloz, *Repertorio*, v.° *faillite*, n. 187.

administracion está confiada á los síndicos, debe ser considerado como tal en cualquier parte, de modo que las consecuencias de la sentencia deben ser válidas bajo este aspecto, lo mismo en el extranjero qne en el interior del Estado.

Esto puede establecerse directamente por tratados, pero independientemente de estos deben los tribunales de todos los Estados sancionar en su jurisprudencia los principios equitativos para formar un derecho comun en esta materia.

367. En contradiccion con la teoría que acabo de exponer, ha decidido una sentencia del tribunal de Colmar, del 11 de Marzo de 1820, que el extranjero declarado en quiebra en su país, no debe ser considerado como tal en Francia, y que un acreedor francés puede citarle personalmente ante los tribunales de esta nacion sin que el síndico de la quiebra pueda oponer su incapacidad (1). El tribunal de Bruselas ha decidido asimismo que un negociante francés declarado en quiebra por un tribunal de su país, puede contratar válidamente y obligarse en Bélgica, sin que los síndicos puedan oponer la sentencia de quiebra al belga que con él ha contratado (2).

Sin embargo, el tribunal de Casacion de París, ha decidido que los actos estipulados por el quebrado en país extranjero, despues de la declaracion de quiebra, no pueden ser válidos en Francia, y que las cuentas corrientes finan en la fecha de la sentencia, sea cualquiera la distancia que separe al quebrado de aquel con quien tiene la cuenta corriente (3).

Añadimos, por último, que las consecuencias que se derivan de una sentencia de declaracion de quiebra y la incapacidad que alcanza al quebrado respecto de sus bienes, deben ser eficaces en todas partes, no porque la ley sea personal, sino por el principio general que debe dominar en toda esta materia, á saber: que el comercio es cosmopolita, y que la distribucion justa y equitativa de los bienes del quebrado interesa al comercio en general.

368. Los jurisconsultos no están de acuerdo en si los sín-

---

(1) Dev. 1826, 2, 124. Véase sin embargo, á Fœlix, n. 368; Rej. del tribunal de casacion de París, de 29 de Agosto de 1826; Tribunal régio de id., asunto de James Lindsae; Sirey, 1836, 2.°, 428, nota.

(2) 23 de Marzo de 1820 (Petitain), *Pasicr.*

(3) Cas. 13 de Mayo de 1835, Dev. 35, 1. 707.

dicos nombrados por el tribunal del quebrado tienen autoridad para proceder en donde quiera que existan los bienes del quebrado, y si es necesario hacer declarar ejecutorio el juicio de quiebra y el acto de su nombramiento por el tribunal del lugar en donde quieren obrar en interés de la masa de los acreedores. Merlin responde afirmativamente á la primera parte de la cuestion, y nosotros participamos de su opinion. Los síndicos deben ser considerados, en efecto, como verdaderos mandatarios y procuradores nombrados en interés de la masa de acreedores, y de la misma manera que una procura válida, es eficaz áun en país extranjero, lo mismo que la procura obtenida á consecuencia de un juicio, y que es por sí misma auténtica, debe ser eficaz en donde quiera que los síndicos deseen hacer valer su cualidad de tales. El síndico de la quiebra, dice Merlin, debe ser considerado como investido de una procura regular, y pueden obrar válidamente, áun en país extranjero, del mismo modo que el curador del ausente ó el tutor del menor (1). No es necesario hacer ejecutoria la sentencia de quiebra y el acta de nombramiento para obrar, recobrar créditos, vender efectos muebles, y transigir en las cuestiones y en otras circunstancias análogas (2).

Massé refiere una sentencia del tribunal régio de Asia, del 8 de Junio de 1840, por lo que el síndico de una quiebra declarada en Módena fué autorizado para proceder contra un deudor francés, por más que la sentencia de quiebra aún no se habia hecho ejecutoria (3). Este principio debe valer, como observa Demangeat, aun cuando la quiebra haya sido declarada por un tribunal extranjero, á pesar de la oposicion del quebrado ó de sus representantes, porque, en este caso, la sentencia no debe ser considerada como una condenacion, sino como un mandato dado por el juez á los síndicos (4). Pueden

---

(1) Merlin, Repertorio V° *faillete*, seccion 2.°. § 2 art. 10. Véase Fœlix, núm. 468.

(2) Sentencias del tribunal de Bordeaux, 10 de Febrero de 1874, (Sirey 24, 2.°, 117) y 22 de Diciembre de 1847, (Dev. 1847, 2.° 228). Véase sin embargo, Merlin, l. c. y la sentencia del Tribunal supremo de Bruselas, 21 de Junio de 1820.

(3) Massé, *Derecho comercial*, núm. 809; sentencia de 8 de Julio de 1840; Dev. 41, 2, 363.

(4) Demangeat, nota al núm. 468, de Fœlix.

surgir sin embargo, muchas cuestiones en cuanto á la eficacia de una sentencia de quiebra en país extranjero, especialmente cuando un acreedor pretende oponerse ó impugnar el estado de quiebra, y cuando la cuestion entra en el dominio de la jurisprudencia contenciosa, pero de esto nos ocuparemos en el capítulo donde tratemos de los juicios y de las competencias.

369. En lo que se refiere á la facultad que tienen los síndicos para enajenar los bienes del quebrado situados en territorio extranjero, y hacer ingresar el producto de la venta en la masa comun, comenzaremos por notar que, si el quebrado tenia dos establecimientos de comercio distintos, uno en el lugar en donde se ha declarado la quiebra, y otro en país extranjero, aun sin oposicion del quebrado, no tendrán los síndicos derecho alguno de obrar en virtud de su cualidad, á pedir cuentas á los representantes de la casa extranjera, ni á realizar ningun acto para hacer que ingresen en la masa comun los bienes allí existentes, y los representantes de la casa extranjera del quebrado no estarán obligados á reconocer los síndicos nombrados.

Merlin hace mencion de una sentencia del Tribunal de Bruselas del 6 de Junio de 1816, la cual establece claramente el principio en el asunto siguiente: Juan y Jorge Outhvaites, hermanos, tenian dos casas de comercio distintas, una en Lóndres y otra en Amberes. Habiendo sido declarada en quiebra la casa de Lóndres, los síndicos nombrados pidieron las cuentas á la de Amberes; los representantes de ésta se negaron á darlas; el Tribunal de primera instancia admitió la demanda de los síndicos; el Tribunal superior la negó, fundándose, entre otras razones, en que: «Considerando que en todo caso no perteneceria á ningun otro juez que al Tribunal de Comercio de Amberes conocer del estado de esta casa, como siendo de su inmediata y exclusiva jurisdiccion el declarar la quiebra, llegado el caso, y nombrar síndicos y arreglar y proveer á todo en la forma prescrita por el Código del Comercio..... etc. (1).»

---

(1) Merlin, *Obras*, V. *faillite*, seccion 11, art. 10.

Agreguemos á esto que, si un comerciante tiene dos establecimientos de comercio distintos en dos países diferentes, y hubiere sido declarado en quiebra en uno y en otro, deberian formarse dos masas distintas y no deberian confundirse nunca para un acreedor comun las dos masas de bienes; los síndicos de una masa no podrán tampoco mezclarse en las operaciones de los síndicos de la otra. En Francia se ha decidido, en el caso de un quebrado que tenia dos establecimientos, uno en Francia y otro en el extranjero, que un acreedor que habia reivindicado una parte de las mercancías de una masa, no podia ser obligado á ingresar su valor en la otra masa. Téngase entendido, sin embargo, que el principio solo es aplicable cuando los dos establecimientos son distintos, no cuando no hay más que un establecimiento de comercio con una sucursal en el extranjero, pues en este caso, no habria más que una quiebra y una sola masa (1).

370. Pero si el quebrado posee bienes en el extranjero, en vez de una casa de comercio, la mayoría de los jurisconsultos sostienen que los síndicos de la quiebra no pueden administrar ni vender estos bienes. Pardessus dice que esto no puede concederse sino en virtud de un tratado, pero que á falta de esto, deben los acreedores acudir ante los tribunales del lugar en donde se hallen los bienes del deudor, y hacer que se le declare allí en quiebra con arreglo á las leyes de este país. ¿Y si el Tribunal se niega? El mismo Pardessus contesta: «Hasta podrá suceder que la negativa del Tribunal á hacer esta declaracion, presente un resultado, extraño en apariencia, pero muy legal, de un hombre declarado en quiebra en Francia y no en Inglaterra ó en Bélgica (2).» Este resultado, continúa dicho escritor, es inevitable de la misma manera que, en caso de sucesion, puede ocurrir que la cualidad de heredero sea reconocida en un país y negada en el otro.

Massé va á parar á la misma consecuencia argumentando con la realidad del estatuto: «Separando la quiebra al quebrado de la administracion de sus bienes, atribuyendo á la masa de los acreedores los derechos individuales de cada

(1) Bruselas 13 de Agosto de 1851, *Pasicr. belg.*
(2) Pardessus, *Derecho comercial*, núm. 1.488, Dis.

uno de ellos, constituye un estatuto real que solo puede afectar los bienes situados en el territorio del juez que ha declarado la quiebra; debe concluirse de aquí, que no basta declarar ejecutorio en Francia el juicio extranjero, para someter los bienes situados en Francia y los actos hechos y consumados en este país, al régimen de la quiebra;» y concluye: «Sería además necesario que la quiebra ya declarada en país extranjero lo fuese tambien en Francia, y para esto, que el quebrado tuviese aquí un establecimiento de comercio, una residencia, ó que hubiere por lo ménos realizado operaciones comerciales que lo hiciesen justiciable por los tribunales franceses (1).»

371. La doctrina de estos escritores no debe, en nuestro sentir, aceptarse. En efecto, con la confusa teoría de la personalidad y de la realidad, no puede resolverse convenientemente la cuestion propuesta, sino que es necesario examinar la naturaleza y el carácter propios de esta institucion, el fin con que se ha establecido y los intereses recíprocos de los pueblos comerciales. Todos admiten que los acreedores, lo mismo nacionales que extranjeros, deben concurrir al juicio de quiebra, y que la sentencia que la declara, nombra síndicos, autoriza la cesion de los bienes y los distribuye entre los acreedores, tiene autoridad para todos los del quebrado. Por el carácter mismo de la quiebra, y en interés de todos los acreedores, es indispensable, en nuestro sentir, admitir la unidad y la ubicuidad del juicio; tanto más, cuanto que los acreedores no pueden ejercer la accion personal contra el deudor en todos los lugares en donde posee bienes, y que, en país extranjero, puede suceder que no se halle jurisdiccion competente.

El síndico que, bajo la vigilancia y con la autorizacion del Tribunal vende los bienes del quebrado, no hace más que ejecutar un acto en virtud de una sentencia pronunciada, ó un acto preparatorio de una sentencia por pronunciar, y debe ser considerado exactamente como el curador nombrado en justicia. El verdadero interés recíproco de los Estados aconseja protejer y respetar las decisiones de las sentencias de la

---

(1) Massé, *Derecho comercial*, t. II, núm. 809, p. 78 (Seg. edic.)

autoridad judicial de los países respectivos, y puesto que el juicio de quiebra solo puede verificarse en el domicilio del quebrado, al magistrado que ha instruido todo el proceso es á quien corresponde decidir si ciertos bienes muebles ó inmuebles pueden ser vendidos, y si deben ó no entrar en la masa comun; de otro modo se tropieza con el inconveniente práctico de romper la unidad del juicio sobre una materia idéntica, y dar lugar al extraño resultado que en ciertos casos puede suceder, que no se encuentre juez competente para pronunciar un fallo especial en el país en donde se hallen los bienes del quebrado. Admitimos solamente que la venta de los inmuebles debe hacerse en las formas y del modo establecido por la *lex rei sitæ*, y que el magistrado del lugar debe autorizarla, haciendo ejecutoria la sentencia que declara la quiebra, y permitiendo que se proceda á la expropiacion forzosa.

372. La cuestion más importante es aquella que puede surgir cuando, en el lugar en que se hallen los bienes, haya acreedores del quebrado que tengan derechos adquiridos, y que hayan hecho embargos sobre los bienes allí existentes, y cuando exista una diferencia entre la ley del país en que se ha declarado la quiebra y la del lugar en donde se hallan los bienes. Puede suceder tambien que los acreedores extranjeros tengan créditos privilegiados ó hipotecarios garantidos por los bienes que se hallan en su país, y que en el órden que debe establecerse entre los acreedores, haya una diferencia entre la *lex rei sitæ* y la de la quiebra. Hay en esto una de las más graves dificultades para conciliar la unidad y la ubicuidad del juicio de quiebra con los intereses del soberano territorial y los derechos adquiridos de los ciudadanos que se hallan bajo el imperio de la ley territorial, reina gran desacuerdo entre los jurisconsultos y es tambien diversa la jurisprudencia establecidas por los tribunales para resolverla.

Supongamos que despues de una sentencia que confía á los síndicos la administracion de los bienes del quebrado en interés de la masa comun, embarga en su país un acreedor extranjero una parte de la propiedad. En este caso, ¿serán admitidos los síndicos á recobrar la propiedad embargada contra aquel que ha verificado el embargo? El Tribunal de Lieja ha decidido (17 de Junio de 1839) que el regnícola acree-

dor de una quiebra declarada en el extranjero no está obligado á realizar sus créditos por medio del tribunal de la quiebra, y que puede embargar contra los síndicos los créditos y los bienes del quebrado, áun en su propio país. «Considerando que esta quiebra ha sido declarada en país extranjero; que, en tales circunstancias el apelante tenia derecho á embargar en Bélgica los bienes de su deudor; que seria contrario á todos los principios remitir al regnícola á realizar sus créditos á un país extranjero, en donde sus derechos podrian ser discutidos y juzgados con arreglo á una legislacion diferente de la que nos rige..... etc.» (1).

El Tribunal de Casacion de París ha decidido que un deudor del quebrado no puede oponer á un tercero, cesionario de este último, la declaracion de la quiebra verificada en país extranjero, y que no ha sido sancionada por los tribunales franceses (2).

373. Los tribunales ingleses y americanos han discutido tambien extensa y acertadamente esta cuestion y han llegado á conclusiones opuestas. Sostienen los primeros uniformemente que la sentencia por la cual se atribuye la propiedad del quebrado á la masa de los acreedores, y por consiguiente á los síndicos que le representan, tiene un valor extra-territorial para toda la propiedad inmueble del quebrado. De la misma manera, aunque no todos, limitan los tribunales americanos la eficacia de esta atribucion á las fronteras del territorio en que es declarada la quiebra (3).

La doctrina aceptada por los tribunales ingleses (4), está

---

(1) Tribunal de apelacion de Lieja, 17 de Junio de 1837.

(2) 29 de Agosto de 1829. (Dev., 1836, 1.428. nota.

(3) Libermore, *Disertaciones*, § 223 á 248.

(4) La ley de quiebras ha sufrido recientemente en Inglaterra importantes modificaciones. Pero el que no habite actualmente en el Reino-Unido, no necesita conocer todas las disposiciones que rigen en esta materia; mas lo que todo extrânjero necesita tener presente, es la manera cómo debe obrar para poner á salvo sus intereses, sus derechos de acreedor, respecto de una persona que ha quebrado en Inglaterra, ó para arreglar allí sus negocios.

Esta parte de la legislacion inglesa es la que más debe llamar la atencion de los comerciantes extranjeros, bajo el punto de vista de las obligaciones prácticas que trae consigo, es decir, bajo el punto de

fundada en el principio general de que la propiedad mueble no ocupa lugar fijo, y está sometida á las leyes del domicilio del propietario. Del mismo modo, dicen, que el propietario puede, conforme á su ley personal, ceder volnntariamente y vender ó trasladar sus bienes muebles, en cualquier lugar en que estén situados, así tambien la cesion *in invitum*, pero válida segun la ley personal del propietario, debe ser válida en todas partes, y, por consiguiente, la cesion de la propiedad inmueble en virtud de la quiebra debe ser eficaz como

---

vista de las precauciones que deben tomar y las formalidades que han de observar para dar á sus títulos de acreedores y á los *affidavit* el carácter regular y legal de que deben estar revestidos, para no ser rechazados, como sucede muchas veces, por falta de cuidado de los interesados. Un deudor puede en Inglaterra ser declarado en quiebra por exigencia de uno ó de muchos acreedores, representando aisladamente, ó en conjunto, un crédito de 50 libras esterlinas. Cuando se encuentra embarazado en sus negocios, puede aquel solicitar de la *court of Bankruptcy* una liquidacion por arreglo, é impedir de este modo al acreedor obtener contra él esta ventaja especial.

Para que un deudor pueda ser declarado en estado de quiebra, es necesario que uno ó muchos acreedores, representando un crédito que exceda de 50 libras esterlinas, dirijan una peticion al objeto, y la apoyen con la prueba de que el deudor ha realizado cualquier acto que constituya el estado de quiebra.

Dicho acto lo verifica el deudor: si hace cesion de sus bienes en beneficio de sus acreedores; si intenta disimular la existencia de sus bienes; si abandona sus asuntos con el fin de eludir la accion de sus acreedores, ó si hace, de la manera prescrita por el Tribunal, una declaracion en la que se reconozca incapaz de pagar sus deudas; si, siendo comerciante, se ha ordenado y ejecutado contra él un embargo por una suma que ascienda á 50 libras esterlinas; si ha dejado de pagar ó de arreglar amigablemente una suma de 50 libras esterlinas por lo ménos, en los siete dias que siguen á la *sommation* de que se habla más adelante; si, no siendo comerciante, deja de pagar una deuda de 50 libras esterlinas ó de arreglarla amigablemente, en las tres semanas siguientes al envío de la *sommation* del acreedor. Por cualquiera de estas causas puede un deudor ser declarado en estado de quiebra.

El Tribunal, despues de examinado el caso, invita á los acreedores á reunirse en asamblea general para la designacion de un *trusté* encargado de administrar los bienes del deudor, y para la formacion de una *Junta de inspeccion*.

si se hubiese hecho por el propietario mismo (1). Añadiremos además que, en caso de sucesion *ab intestato*, debe aplicarse la misma regla, y que la propiedad inmueble, en cualquier lugar que se halle, es trasmitida con arreglo á lo que dispone la ley del domicilio del propietario, porque se presume situada allí por una ficcion del derecho (2).

El tribunal ha decidido en una ocasion que: «El gran principio de la ley sobre la quiebra es la justicia fundada en la igualdad. Establecido este principio, desprêndese de esta ley

---

El derecho de investigacion en los negocios del quebrado es muy extenso. Las personas sospechosas de haber poseido bienes que le pertenecen, pueden ser interrogadas; todas las cartas que reciba pueden ser, bajo una órden expresa, entregadas al *trusté*. En una palabra, siempre que pueda probarse que un deudor intenta fraudulentamente ocultar sus bienes, puede obtenerse del Tribunal, en límites muy extensos, el derecho de examinar todos sus negocios, de comprobar sus relaciones con un tercero, de investigar qué ha hecho de tales ó cuales bienes que poseia, etc.

El quebrado no puede esperar rebaja, á no ser que se pruebe ante el Tribunal, ya que su activo produce un dividendo igual por lo ménos á diez schillings por libra esterlina, ya que hayan tomado los acreedores una *resolucion especial*, á consecuencia de haber solicitado una órden de *quita*. Esta órden no libra al quebrado de las deudas ó responsabilidades que sobre él pesan, ni de cualquier fraude ó abuso de confianza que hubiere cometido.

Para que sea válida la resolucion especial antes citada, es necesario que haya sido tomada á mayoría de votos en una reunion de acreedores, habiendo sido éstos convocados regularmente y habiendo presentado sus títulos de crédito, y que esta mayoría de votos represente las tres cuartas partes de los créditos, cuyos tenedores asistan directamente ó por intermediario á dicha reunion.

Para más detalles sobre lo expuesto, y para formar una idea clara y excata de lo que deben hacer los extranjeros para reclamar sus créditos en caso de quiebra, así como para conocer el procedimiento que para la declaracion de esta se sigue en Inglaterra, puede consultarse el *Manual práctico de procedimientos ingleses y Recopilacion de leyes para uso de los franceses y de los belgas, en sus relaciones comerciales con Inglaterra*, por John Rand. Bailey p. 47 y sig.

(1) Story, *Conflict. of law*, 403 y 420; Kent, *Comment.*, lec. 37.

(2) Bell, *Comment.*, l. 8, c. 2, § 1.266; Livermore, *Disertat.*, § 449 y siguientes.

que toda la propiedad del quebrado debe hallarse bajo la accion de los síndicos, sin consideracion al lugar en donde se encuentre, con tal que la ley del pais no sea directamente infringida (1).» En otra ocasion, el mismo tribunal se ha expresado en estos términos: «Todo indivíduo puede disponer de su propiedad existente en país extranjero, á no ser que la ley del lugar establezca directamente modos particulares de transferirla; la cesion de la propiedad del quebrado es válida lo mismo que si la hubiera hecho voluntariamente el mismo propietario, y, cuando la ley local no se opone á ello, pueden los síndicos disponer de los bienes muebles, aunque se hallen en país extranjero (2).

Fundándose en estos principios, han llegado los tribunales ingleses á las siguientes conclusiones: 1.° que la atribucion de la propiedad en virtud de una sentencia declaratoria de quiebra afecta toda la propiedad mueble en donde quiera que se halle situada. 2.° Un embargo de esta propiedad hecho por un acreedor inglés despues de esta sentencia, con ó sin conocimiento de su existencia, no es válida, y, por el mismo principio, el embargo hecho por un acreedor extranjero no es válido cuando la quiebra ha sido declarada en Inglaterra. 3.° En cualquier caso, la propiedad adquirida en virtud de una sentencia obtenida en el extranjero no puede ser garantida á un acreedor inglés por un embargo hecho sobre ella despues de la declaracion de quiebra. 4.° Es permitido á un acreedor extranjero, no sometido á la ley inglesa, guardar esta propiedad adquirida en virtud de este juicio, si la ley local (aunque inexacta en principio), le confiere un título absoluto (3).

Los tribunales americanos, por el contrario, se apoyan en las siguientes consideraciones (4). Hay, dicen, una notable di-

---

(1) Pr. Philips, v.° Hunter 2, (H. Black, 402, 40); véase Goodvine, v.° Jones (3, Mas. K., 317); Holmes, véase Remsen, 4; Johns, Ch. R., 460, 470.

(2) In Pot., v. Hunter (4, T. R., 182, 192).

(3) Sill., v.° Worswick, 1; H. Black, 691, 693; Salomon, v.° Ros., 1, H. Black, 131.

(4) Belton, véase Valentine, 1; Cursis, C. C., 168; Booth, v.° Klark, 17, How, 322; Blanke, v.°, Wilians, 6, Pick, 286; Olivier, v.° Townes, 14; Martin. v. 93, 97 á 100.

ferencia entre la cesion voluntaria de la propiedad, verificada por el propietario, y la que se deriva de una disposicion de la ley; la primera debe valer en todos los lugares; la segunda debe limitarse al territorio sometido á la ley de donde se deriva. Lord Kames insiste mucho en esta distincion (1). Observan, además, que por más que las cosas inmuebles no tengan sitio fijo y que el propietario pueda disponer de ellas con arreglo á la ley de su domicilio, sin embargo, la ley de cada país puede arreglar el modo de disponer de las cosas muebles que se hallan en su territorio, y preferir los acreedores locales, que han practicado el embargo, á los síndicos á quienes se habia atribuido. Sólo el soberano territorial tiene el derecho exclusivo de resolver esta cuestion. Dicen, por último, que, á falta de principios del derecho positivo, debe admitirse la regla general que la propiedad mueble es regida por las leyes del domicilio del propietario, pero con esta restriccion de Huber, á saber: que no resulte de ello ningun perjuicio para el Estado ni para los ciudadanos que tengan derechos adquiridos. Por estas razones concluyen que no puede admitirse la eficacia extraterritorial ni la ubicuidad de la ley de la quiebra (2).

374. Los antiguos jurisconsultos italianos han discutido tambien sobre los efectos de un embargo despues de la declaracion de quiebra. Casaregi hace mencion de un proceso ocurrido entre los síndicos de una quiebra declarada en Lucca y un tal Gerbone, que habia hecho embargar en Verona parte de las mercancías pertenecientes al quebrado. Opina que la ley del país en que ha tenido lugar el embargo debe prevalecer en el conflicto entre los dos estatutos (3). Ansaldo, por el contrario, sostiene la opinion opuesta (4).

375. En cuanto á nosotros, nos inclinamos á la invalidacion del embargo. En efecto, admitiendo las consecuencias que se derivan de una sentencia de quiebra en interés recí-

---

(1) Kames, *On equity*, B. 3, c. 8, § 6.

(2) Véase *M. Chief Justice Parson in Goodwin*, v.° Jones, Mas. R. 517; Kent, *Comment.*, lec. 37; Henry, apéndice á su obra *On foreing Law.*, p. 251 á 258.

(3) *Discursus legales de comercio*, 130, n. 24 y sig.

(4) *Discursus*, 2, n. 20.

proco de los comerciantes de todos los países, síguese que el derecho de la masa comun, y, por consiguiente, el de los síndicos que le representan, es anterior al de aquel que practica el embargo, y, por tanto, debe aplicarse la regla *qui primus in tempore, potior in jure*. La mejor teoría es, á nuestro modo de ver, la que formulan los tribunales ingleses, lo cual no debe admirarnos, porque en cuestion de intereses comerciales debe ser, naturalmente, Inglaterrra la maestra. Es verdad que cada Estado puede preferir los acreedores nacionales que han embargado las mercancías; pero este mismo principio que, en ciertos casos, puede servir á sus súbditos, puede en otros perjudicarles, porque siempre estará en mano del quebrado el trasportar su mercancía de un lugar á otro, y favorecer á ciertos acreedores con perjuicio de los demás.

376. Puede, empero, suceder que el embargo se haya practicado antes de la declaracion de quiebra, y que exista alguna diferencia entre la ley bajo la cual se ha adquirido el derecho de preferencia que produce el embargo, y la ley bajo la que se ha declarado la quiebra. La misma dificultad puede surgir cuando hay diferencia entre dos leyes respecto de los derechos resultantes de los privilegios é hipotecas para el órden que debe establecerse entre los acreedores que concurren á la quiebra. Para resolver este último caso de conflicto con arreglo á los principios ya expuestos, admitimos, como fundamental, la doctrina de Casaregi, que distingue, con mucha oportunidad, en el concurso de acreedores, lo que corresponde al órden del procedimiento y lo que, propiamente hablando, constituye el fondo del derecho, *litis ordinatoria* y *litis decisoria*.

Si la ley bajo la cual se ha declarado la quiebra, dice este escritor, concede á todos los acreedores un derecho igual sobre los bienes del quebrado (como dispone el estatuto de Lucca), ó si la ley del lugar en donde las mercancías han sido embargadas, concede la preferencia al que practica el embargo (como dispone el estatuto de Venecia), no puede la ley de Lucca, bajo la cual se ha declarado la quiebra, tener autoridad para invalidar el derecho adquirido por aquel que ha declarado la mercancía en Verona bajo el imperio de otra ley. «Neque penitus obstat,» continúa, «quod judicium universale »concursus creditorum fiat in loco debitoris decocti, ubi viget »tale statutum, quia cum hujusmodi judicium universale nu-

»lla alia ratione fiat, quam ex eo quod unico ju creditorum, »ideo ex hoc in nihilo debent dominio creditorum jura, sed ea »in decisoriis remanent integra et illæsa, prout illis ante tale »judicium de jure competebant. Locus enim judicii, vel fo- »rum in quo lis vertit, nullatenus efficit quod jure partium in »decisoriis cognoscantur et dicidantur secundum illius statu- »ta, ideo que forensis quamvis litiget in alieno loco vel foro, »judicari debet, prout de jure communi, quia talibus statutis »in decisoriis non ligantur. Neque novum pariter in jure est, »quod in loco judicii sæpe sæpius circa decisoria judicandum »sit etiam juxta leges et consuetudines alterius civitatis vel »fori (1).»

Esta doctrina está perfectamente conforme con la de Savigny, que distingue tambien en el juicio de quiebra lo que se refiere al procedimiento y lo que corresponde á los derechos de los acreedores que concurren. «El tribunal, dice, tiene por mision arreglar los derechos de cada uno de los acreedores sobre el activo que resulte, y como este arreglo es cuestion de procedimiento, la única ley aplicable es la del país en que reside el tribunal, que es la del domicilio del deudor (2).»

377. El magistrado competente, para declarar la quiebra y para instruir el procedimiento relativo al juicio definitivo, ejerce dos funciones muy distintas: comprende la primera todos los actos preparatorios para determinar el pasivo de la quiebra y el activo del deudor ó del quebrado; la segunda tiene por objeto fijar los derechos de cada acreedor sobre la masa activa y llegar á la division de los bienes en caso de insuficiencia del activo. Entre los actos preparatorios se hallan comprendidos, no sólo el nombramiento de los síndicos, la colocacion de los sellos y todo lo que se refiere á la administracion de la quiebra, sino tambien la comprobacion de los créditos, que debe hacerse por el juez de la quiebra para todos los acreedores nacionales ó extranjeros, la venta de los bienes del quebrado, que debe ser ordenada por el juez delegado y debe ser eficaz para todos los bienes, en cualquier lu-

(1) Casaregi, *Discurso legal*, 130, n. 25, 26, 27.
(2) Savigny, obra citada, § 374.

gar que se hallen, y todo lo que á la formacion de la masa se refiere.

Cuando los bienes del quebrado se hallen en país extranjero y haya en el mismo acreedores á quienes se hubiesen pignorado ó hipotecado estos bienes, debe decidirse, segun la *lex rei sitæ*, acerca de los derechos que pueden derivarse de la accion hipotecaria que puede ejercitarse, ora contra otro acreedor hipotecario poseedor de la cosa, ora por dos ó más acreedores hipotecarios contra un tercero detentador, y de la prioridad que les concierne. Si los acreedores hipotecarios quisieran ejercitar la accion en el país extranjero en donde están situados los bienes, antes que el tribunal de la quiebra haya ordenado la venta de los inmuebles, el juez local procederá á la expropiacion y á la venta, distribuirá el producto entre los acreedores hipotecarios con arreglo á la ley del país, y entregará el sobrante á los síndicos para que forme parte de la masa comun. Si el tribunal de la quiebra hubiese ordenado, con arreglo á la ley, la venta y la reparticion de la propiedad mueble del quebrado antes de la venta y la distribucion del precio de los inmuebles, y si los acreedores hipotecarios estuviesen autorizados para concurrir á la reparticion de los muebles, los que tuviesen hipoteca sobre los bienes situados en el extranjero podrian concurrir tambien. El tribunal debe, pues, tomar todas las medidas necesarias, á fin de que las distracciones que deban acordarse, en compensacion, sobre el precio de estos inmuebles en beneficio de la masa quirografaria, puedan tambien realizarse. Así, por ejemplo, puede ordenar que las sumas que vengan á estos acreedores hipotecarios en la reparticion de los muebles entren en la caja de depósitos, y rogar al tribunal del país en donde los bienes se hallen situados que concurra á la operación de la quiebra, ó fijar un término perentorio á los mismos acreedores, para ejercitar en su nombre propio la accion hipotecaria por las sumas á que los inmuebles extranjeros se hallan afectos (1). Por último, si los bienes hipotecados situados en país extranjero se han vendido con el concurso del magistrado local y en interés de la masa comun antes qne los acreedores hayan ejercitado la accion hipotecaria, concurrirán estos con los demás acreedo-

(1) Véase sentencia del Tribunal de París del 16 de Julio de 1831 (*Pellegrino*); Dev., 1831, 2, 260.

res hipotecarios á la distribucion del precio de los inmuebles, pero conservarán siempre sobre el precio que sacaron de la venta de los inmuebles que les estaban hipotecados, la prioridad, con arreglo á la *lex rei sitæ*, por más que sea diferente la ley del lugar en dondc se ha declarado la quiebra.

378. Es, pues, necesario concluir que, en materia de quiebra, debe aplicarse, para el órden y el procedimiento, la ley del lugar en donde se ha declarado aquella; despues, para la determinacion del órden de prioridad de los créditos, para la division de los bienes, es necesario decidir que los acreedores quirografarios que tienen un crédito y una accion simplemente personal deben ser clasificados con arreglo á la ley del país en donde la quiebra ha sido declarada; los acreedores con hipoteca simple y privilegiada, sin hacer que se declaren tantas quiebras ni se formen tantas masas como son los países en donde se hallan situados los bienes, deben ser clasificados, en cuanto á los bienes hipotecados, por el magistrado de la quiebra con arreglo á la *lex rei sitæ*.

Estos principios, como dice Savigny (1), son admitidos en Alemania y están confirmados por muchos tratados hechos por Prusia (2).

---

(1) Tratado de Derecho romano, § 374.

(2) Véase el tratado con Weimar 1824, art. 18 al 22: con Altemburgo, Coburgo-Gotha, con Sajonia, 1839, art. 19 al 21; con Rudolstadt, Amburgo, Brunswick.

# SECCION III.

## DERECHOS DE SUCESION.

Los derechos de sucesion corresponden á la categoría de los derechos patrimoniales, es decir, de aquellos que generalmente tienen por objeto el patrimonio, y vamos á tratar de ellos en esta última parte de nuestra obra, para completar la exposicion de los principios con cuyo auxilio pueden resolverse los conflictos de las legislaciones.

En general puede designarse con la denominacion de sucesor á aquel que, por uno de los modos derivados, adquiere en propiedad un bien perteneciente á otro, de suerte que viene despues de éste; y, desde ese momento, ejerce todos sus derechos en su nombre propio. En este sentido, denota la palabra *sucesion* la idea de venir despues, *subcedere*, y podria aplicarse á todos los modos derivados de adquisicion. Nosotros nos referimos á ella en el sentido más especial, en cuanto designa la trasmision de la totalidad ó de una parte alícuota del patrimonio á las personas á quienes se devuelve ó por la ley ó por la voluntad del hombre. En este sentido, el objeto del derecho de sucesion, tanto activa como pasiva, es el patrimonio de un hombre muerto, ó la totalidad de los bienes susceptibles de ser trasmitidos, que pertenecian al difunto en el momento de su muerte y que se llama herencia: «Hæreditas nihil aliud est quàm successio in universum jus

»quod defunctus habuit (1).» Las palabras *herencia* y *sucesion* se emplean frecuentemente una por otra: por la primera, se designa el objeto mismo de la trasmision; y por la segunda la trasmision de los derechos activos y pasivos de una persona fallecida á otra llamada á recogerlos.

El derecho de sucesion es el más importante de todos los que proceden del derecho fundamental de propiedad, y puede estudiarse bajo diversos puntos de vista que interesan á la vida de los pueblos y de las familias, al régimen económico y político de las sociedades constituidas; limitaremos, sin embargo, nuestras investigaciones á determinar la ley que debe aplicarse cuando el sujeto ó pasivo del derecho es un extranjero.

---

(1) Lib. 62, Dig. *De Regulis juris.*

## CAPÍTULO ÚNICO.

### DE LA LEY QUE DEBE REGIR LA SUCESION DE LOS EXTRANJEROS.

**379. Importancia de la cuestion.—380. El régimen de las sucesiones presenta diversidades notables entre los diversos Estados.—381. En qué límites puede esperarse la uniformidad entre las diferentes leyes.—382. Sistema que niega á los extranjeros el derecho de sucesion.—383. Rigorosas ó injustas aplicaciones hechas en Francia del derecho de Aubana.—384. Exámen crítico de la ley francesa del 14 de Julio de 1819.—385. Autores que quieren hacer regir la sucesion de los extranjeros por la *lex rei sitæ*.—386. Sucesion mobiliaria.—387. Argumentos con que han querido justificar el principio *quot territoria tot hæreditates*.—388. Exámen crítico de los principales argumentos.—389. Del sistema hereditario con arreglo al derecho feudal.—390. Notables diferencias aceptadas en el derecho moderno.—391. Falsedad del punto de partida de donde se derivan las falsas teorías sobre la sucesion de los extranjeros.—392. Solucion de la cuestion.—393. Argumento de los romanistas.—394. La sucesion debe ser regida por la ley nacional del difunto.—395. Cómo elimina este sistema muchas contradicciones inevitables en el sistema contrario.—396. Justa excepcion al principio general.—397. Ley que debe regir la capacidad de los que han de suceder.—398. Derechos de sucesion de los hijos legítimos.—399. Solucion de la cuestion con arreglo á las leyes inglesas.—400. Derechos de sucesion del hijo adoptivo ó natural.—401. Para la adquisicion de la herencia debe aplicarse la *lex rei sitæ*.—402. Herencia vacante.—403. Principios aplicables á la sucesion testamentaria.—404. Opinion de los autores en cuanto á la forma del testamento.—405. Doctrina admitida por la mayoría.—406. Testamento ológrafo hecho en el extranjero.—407. Interpretacion del testamento.—408. Su eficacia y su fuerza ejecutoria.**

379. La cuestion que nos proponemos resolver es tanto más importante en la práctica, cuanto que las leyes de los

diversos Estados difieren bastante sobre muchos puntos fundamentales. El derecho de sucesion debe pertenecer á personas determinadas con exclusion de las demás, y, segun que se admita una ú otra de las leyes que pueden aplicarse, resultará el respeto ó la violacion del derecho de propiedad y de los derechos de los individuos que, por sus títulos particulares fundados en sus relaciones especiales con el difunto, deben ser llamados á recoger la herencia.

Es verdad que, auxiliándose la ciencia del derecho de las demás ciencias sociales, ha esclarecido en nuestros dias la naturaleza del derecho de propiedad y del de sucesion, resolviendo casi completamente el problema de su orígen, e indicando los mejores principios por que debe regirse su ejercicio; pero á pesar de esto, las disposiciones del derecho positivo en materia de sucesion están en desacuerdo, y parece imposible establecer un derecho comun. El derecho de sucesion está estrechamente ligado al de familia, que no puede ser el mismo para los diversos pueblos que se encuentran en condiciones diferentes de civilizacion, de costumbres, de tradiciones y de usos, y á causa de los diversos elementos geográficos, etnográficos, morales y políticos, que influyen en el desarrollo de su vida íntima. Puede esperarse, y nosotros lo deseamos, que algunos Estados entre los cuales se han conservado, hasta nuestros dias, las tradiciones de los tiempos bárbaros y de los tiempos feudales, corregirán esta parte interesante de la legislacion, poniéndola en armonía con los resultados de la ciencia moderna, y que por consiguiente, la base y el fundamento de las leyes diversas que rigen el derecho de sucesion, serán cada vez más conformes á los principios de la filosofía del derecho y de la ley natural; pero no podrá realizarse nunca la uniformidad perfecta, y la cuestion propuesta tendrá siempre una gran importancia práctica.

380. Hallamos, en efecto, que solo algunas legislaciones, siguiendo la doctrina de los sábios jurisconsultos romanos, reconocen la sucesion legítima y testamentaria, y conceden la preferencia á ésta sobre aquella: así lo dispone el Código civil italiano, segun el cual se adquiere la herencia ó por la ley ó por el testamento, de suerte que no se admite la sucesion legítima, en todo ó en parte, sino cuando falta la sucesion testamentaria (art. 720). Otros, por el contrario, reconocen la sucesion legítima. Esto hace, por ejemplo, el Código

de Napoleon, que, consagrando los principios admitidos por las antiguas costumbres de Francia (1) y las ideas aceptadas por la seccion legislativa (2), establece como principio que la cualidad de heredero, no puede ser atribuida por testamento. Para evitar toda ejecucion, y dar á conocer que los efectos atribuidos por el derecho romano al título de heredero testamentario, eran enteramente suprimidos por el Código de Napoleon, se estimó oportuno agregar al proyecto el artículo 1.002 (3). Con el testamento solo pueden hacerse, segun el sistema francés, legados y donaciones.

Aún hay Estados ménos avanzados en la civilizacion, que conservan las costumbres de los antiguos pueblos de Oriente, segun los cuales, la propiedad de la tierra pertenecia exclusivamente al soberano, y la posesion precaria á los súbditos. Tal sucede, por ejemplo, en Turquía, cuando un individuo muere sin hijos varones; el gran sultan tiene la propiedad de los bienes, y las hijas el usufructo (4). En los demás Estados, por más que hayan avanzado bastante por la via del progreso, están todavía muy vivos el régimen feudal y las tradiciones: esto sucede en Inglaterra, en donde la organiza-

---

(1) La máxima del Derecho consuetudinario era la siguiente: La institucion de heredero no ha lugar; *Hæredes, Gignuntur non scribuntur*. V. Simaco, epíst. 1.ª, 15; Loisel, Instit. cons.; lib. 2.ª, tít. IV, regla 5; Laboulaye, *Derecho de propiedad*; Troplong, *Donac.*

(2) En la memoria dirigida al tribunado en nombre de la seccion legislativa, se expresa Chabot en los términos siguientes: «Antes del establecimiento de las sociedades civiles, era la propiedad más bien un hecho que un derecho. La naturaleza ha dado la tierra en comun á todos los hombres; no ha asignado á cada uno tal ó cual porcion. La propiedad particular no podia, pues, tener otro orígen que el derecho del primer ocupante ó el derecho del más fuerte; solo duraba por la posesion, y la fuerza podia tambien destruirla. La sociedad civil es la única y verdadera fuente de la propiedad..... pero si el hombre en el estado natural no tenía derecho de propiedad, no podia trasmitirla cuando moria, porque no puede trasmitirse lo que no se tiene. *Luego la trasmision de los bienes por sucesion no es de derecho natural, sino de derecho civil.*» Sesion del 26 germinal del año XI.

(3) Dalloz, *Repert.*, V. *sucesion*, núm. 55.

(4) Dalloz, id. id.; Montesquieu, *Espíritu de las leyes*, lib. V, capítulo XIV.

cion de la propiedad y de la sucesion llevan todavía el sello del feudalismo. La máxima que dice que el rey es el dueño soberano de todas las tierras del reino, y que nadie puede poseer una parte del suelo, si no presta juramento de fidelidad al soberano, está completamente en vigor en la Gran Bretaña, y por esto es por lo que el extranjero no puede suceder en los bienes inmuebles allí situados, si antes no obtiene la naturalizacion, siquiera sea la incompleta (Denizen). Todavía en la actualidad se llama el objeto de la propiedad *tenement,* al poseedor *tenancier*, y al modo de la posesion *tenure*, y segun una costumbre muy antigua, que se remonta hasta los reyes dinamarqueses, en ciertos lugares toma el señor, en la sucesion de un *tenancier*, un objeto mueble cualquiera, á su eleccion, como signo de su derecho señorial (1). Hay, en fin, leyes que por una extraña confusion del elemento religioso y del civil, niegan la sucesion á los que abjuran su propia religion. Esto sucede, por ejemplo, en Suiza, en donde en virtud de una disposicion inspirada por la intolerancia religiosa, se excluye de la sucesion al que abjura el luteranismo, á no ser que vuelva á la verdadera fé, ó que obtenga una gracia del soberano en los cinco años siguientes á su abjuracion (2).

381. Haciendo abstracion de esta anomalía y de algunas otras que desaparecerán ciertamente por los progresos de la civilizacion, es indudable que el órden en que los herederos son llamados á suceder, su grado respectivo, la parte hereditaria correspondiente á cada uno, la mayor ó menor extension del derecho de representacion, los derechos del hijo natural, del cónyuge superviviente y de los sucesores irregulares llamados á falta de heredero, la manera de adquirir la propiedad y la posesion de la herencia, son y serán diferentes segun las leyes diversas, y no podrá llegarse nunca á la uniformidad perfecta, porque la determinacion de todas las cosas antedichas dependen, en gran parte, de la manera de apreciar ciertas tendencias naturales del corazon humano,

---

(1) Lalla, *Derecho inglés*; Westoby, *Resúmen de la legislacion inglesa*; Blactson, *Comentario*; John Rand Bailay, *Manual práctico de procedimiento inglés*, 1873, p 128 y sig.

(2) *Código suizo*, cap. 7, art. 4.°

del espíritu de familia, y de la consideracion mayor ó menor que merezcan las relaciones personales de los futuros herederos con el difunto.

Lo que á nuestro juicio puede realizarse, y deberia ser objeto de las investigaciones de los jurisconsultos de todos los países, es que todos los estados aceptasen un derecho comun, que tendiera á resolver de una manera conforme los conflictos que se produjesen en el caso de sucesion de los extranjeros. Para esto hay que hacer abstraccion de ciertos sistemas antiguos, de las ideas preconcebidas, de los principios exajerados de la idependencia de cada Estado en sus relaciones con los demás, y estudiar profundamente la verdadera naturaleza del derecho de sucesion, para determinar, segun la esencia de esta relacion, el límite de cada una de las leyes que se encuentran en conflicto. Nosotros hacemos votos porque el problema sea ámplia y formalmente discutido, y, porque cualquiera que sea la doctrina que se adopte para resolver los conflictos, se acepte como derecho comun por todos los Estados, sea en tratados, sea en un solo convenio internacional, ó promulgando una ley especial á imitacion de Italia, tanto más, cuanto que la mayor parte de los sistemas consagrados por las diversas leyes y por la jurisprudencia de diferentes Estados, lesiona gravemente los derechos de los llamados á suceder y la voluntad presunta del difunto.

382. El más antiguo sistema, fundado en la más irracional exageracion del derecho del soberano territorial, con detrimento de los extranjeros, es aquel que conduce á negarles absolutamente todo derecho de sucesion. Este sistema, que ha formado alguna vez el derecho comun de todos los Estados de Europa, ha sido sucesivamente abolido por la mayor parte de las legislaciones modernas, como hemos dicho, pero está en pleno vigor en Suiza y en otros Estados por reciprocidad (1). En la introduccion de su Tratado de la sucesion, lo justifica Pothier con el razonamiento siguiente: «El derecho de sucesion, tanto activo como pasivo, es de derecho civil.

(1) Código suizo, cap. XV y ley de 8 de Diciembre ds 1818; para los demás Estados V. los *Preliminares* de esta obra, cap. II, número 10 y sig.

puesto que la ley civil es la que concede ó defiere la sucesion del difunto, y la que llama las personas que deben recogerla. Resulta de aquí, que solo los caudadanos que gozan de la vida civil, son los que tienen derecho á trasmitir su sucesion (1).

En realidad, la teoría de que la sucesion, tanto activa como pasiva es de derecho civil, es tradicional en Francia. Fué aceptada por los jurisconsultos que han escrito mientras que el derecho consuetudinario estuvo en vigor (2); fué tambien calurosamente defendida en la Asamblea nacional de 1790 por Mirabeau, por Robespierre y por Tronchet (3); fué sostenida ante el Consejo de Estado durante la discusion para la compilacion del Código napoleónico, y afirmada de una manera precisa en el mensaje dirigido al Tribunado en nombre de la seccion legislativa (4), y no han faltado eminentes jurisconsul tos que la han reproducido tambien en tiempos posteriores (5).

383. No hay, pues, por qué admirarse de que en Francia se haya aplicada con tanto rigor el derecho de Aubana, que declaraba al extranjero incapaz de suceder y trasmitir *ab intestato* y por testamento los bienes situados en Francia (6), y por más que la Asamblea nacional, por la ley de 6 de Agosto de 1790, y más bien por el decreto de 8 de Abril de 1791, naya declarado á los extranjeros capaces de suceder y de trasmitir en Francia, dando el Código de Napoleon un paso hácia atrás, volvió indirectamente al derecho de aubana. El art. 726 está concebido en estos términos: «El extranjero no es admitido á suceder en los bienes que un pariente, francés ó extranjero, posea en el territorio de la República, sino en el caso y de la manera que un francés suceda á su pariente qua posea bie-

(1) *Tratado de la sucesion*, cap. I, seccion 1.ª

(2) Loysel. *Instit. consuet*, libro 2, tít. IV, regla 5.ª: Glanville *Delegobus anglie*; Dupin y Laboulay, t. I, 298; la Ferriere; *Historia del Derecho francés*, t. II, p. 88 y 521.

(3) *Historia parlamentaria*, t. IX.

(4) Chavot, mensaje al tribunado, sesion del 26, germinal del año XI.

(5) Merlin, *Reper. V° testamento* Toullier, *Código civil*, t. V, § 343; Grenier, *Discurso histórico sobre la legislacion antigua*.

(6) Fauard *Repert.*, *V° Aubana*; Tribunal de casacion, rej. 2, Prair, año IX, Sirey, 1, 1, 442.

nes en el país de este mismo extranjero, con arreglo á las disposiciones del art. 11, á título de goce de derechos civiles.» El art. 912 se expresa en los términos siguientes: «No podrá disponerse en favor de un extranjero, sino en el caso en que éste pudiese disponer en beneficio de un francés.

Estos dos artículos, combinados con el 21, no han quitado al extranjero la capacidad de trasmitir, sino solo la de suceder, á no ser que se realizasen las condiciones expresadas por el legislador, las cuales están formulados de una manera tan equívoca, y fueron interpretadas por la jurisprudencia de un modo tan rigoroso (1) que por punto general se declaraba caduca la herencia, y volvian los bienes al fisco. Así, pues, aunque la confiscacion directa no estaba autorizada, como en el derecho de aubana, se llegaba á la confiscacion indirecta por medio de la aplicacion de los dos artículos citados.

Creemos oportuno poner aquí de relieve la gran injusticia de hacer depender de los tratados el derecho de sucesion, pues aquellos son susceptibles de revocacion, y tanto más cuanto que la verdadera razon por la que se impone como condicion la reciprocidad diplomática, surge de las palabras siguientes pronunciadas por M. *Treilhard*, en el cuerpo legislativo, en la discusion del art. 11: «Habrá que convenir por lo menos, en que el principio de la reciprocidad, con arreglo á los tratados, *tiene esta ventaja real*, que cuando aquellos se supenden por una declaracion de guerra, cada pueblo queda libre para tomar por regla única de su conducta en estos críticos instantes, el *interés del momento* (2).

384. Posteriormente han sido derogadas las injustas disposiciones contenidas en dichos artículos por la ley de 14 de

---

(1) Chabot, *Sucesion* sobre el art. 726; t. I, núm. 10 Demante bis, y t. III, núm. 33 bis; Duranton, t. I, núm. 84 y t. VI, núm. 82; Toullier, t. II, número 102; Demangeat, *Condicion de los extranjeros*, p. 296; Rodiere, *Revista de legislacion*, t. I, 1850, p. 182; Cas. fran., 24 de Agosto de 1808 (Huseman); Cas. 1 de Febrero de 1813 (Tarchini); Reg. 9 de Febrero de 1831 (Raggio); Douai, 1.° de Mayo de 1819 (Rohan); Pasicr.

(2) Locré, *Legislacion civil*, t. IV.

Julio de 1819 (1), que se tituló con razon: «Ley relativa á la abolicion del derecho de aubana y de detraccion;» pero esta ley no ha consagrado los verdaderos principios, ni podia verificarlo, porque ha sido dictada por el interés y no por sentimientos de justicia y de humanidad. El mismo ministro de Justicia lo declara en la exposicion de motivos de la nueva ley: «No es por un movimiento de *generosidad* por lo que deseamos borrar las diferencias relativas á las sucesiones y á lás traslaciones de dominio, *sino por cálculo* (2).»

La ley de 1819 ha reparado una injusticia aunque lleva solo por mi y no hara favorecer los intereses materiales de Francia, tenido por objeto protejer los intereses de los extranjeros. Háles concedido de una manera absoluta y general el derecho de suceder, para evitar que retirasen sus industrias y sus capitales de Francia donde estaba vigente una ley que no les permitia disponer de ellos; pero establece á la vez que deberán suceder del mismo modo que los franceses: los extranjeros tendrán derecho de suceder, de disponer y de recibir de la misma manera que los franceses. Partiendo de esta máxima y de la doctrina de la realidad del estatuto sucesorio, han concluido que el órden de la sucesion de los extranjeros deberá ser regido excluivamente por la ley francesa. cuando los bienes se hallen en Francia; y por consiguiente, el extranjero, por más que sea llamado á suceder segun la ley de su país, no sucede en Francia cuando es excluido segun la ley francesa, y recíprocamente. Por esto se ha decidido que un padre extranjero que, segun su ley, seria único heredero de su hijo, con exclusion del abuelo materno, no excluye á éste cuya sucesion está abierta en Francia (3) con arreglo á los artículos 733 y 746 del Código de Napoleon.

---

(1) La ley de 14 de Julio de 1819, se ha hecho extensiva á las colonias francesas por la ordenanza de 21 de Noviembre de 1821, salvo la reserva contenida en el edicto de Junio de 1783 (Demolombe, *Sucesiones*, t. I, núm. 212.

(2) Sesion de 4 de Mayo de 1819 en la Cámara de los Pares; Locré, v. c., t. X, p. 501.

(3) Cas. 21 de Julio de 1851 (Gurcel); Sirey, 1851, 1.685: Rej. 31 de Diciembre de 1850 (Marinetti) Pasicrisis; Cas., 14 de Marzo de 1837 (Stewart) Pasicrisis. Confróntese Demolombe, *Sucesion*, t. I, nú-

385. En realidad, la teoría de que la sucesion debe regirse por la *lex rei sitæ* no puede titularse una doctrina francesa; es, por el contrario, la base y el fundamento de la jurisprudencia internacional, y es defendida con muchos argumentos por los sábios de diferentes países. No nos detendremos á referir las opiniones de los escritores de los siglos XVI y XVII, cuyo relato creemos inútil. Binkershoek, escribia: «Inmobi»lia enim deferri ex jure quod obtinet in loco rei sitæ adeo »hodie recepta sententia est ut nemo auxit contradicere (1): y »Rodemburgo: Jus rebus sucedendi inmobilibus semper a »loco rei sitæ metiendum (2);» y P. Voet, «¿Quid si circa suce»sionem ab intestato statuturom sit diformitas? Spectabitur »loci statutum ubi inmobilia sita, non ubi testator mo»ritur (3).»

Todos los autores antiguos y modernos que han admitido la distincion conocida entre los estatutos reales y los personajes sostienen que la sucesion de los inmuebles debe ser regida por la *lex rei sitæ*, porque el estatuto sucesorio es un estatuto real. La última consecuencia de su teoría es que, sin distinguir si se traia de sucesion á título particular ó universal, es necesario admitir tantas sucesiones cuantos son los países diferentes en los que se hallan los bienes inmuebles del difunto: «quot sunt bona diversis territoris obnoxia totiden patri»monia inteliguntur (4). Inmobilia, dice Juan Voet, deferri se»cundum leges loci in quo sita sunt, adeo ut tot censeri de»beant diversa patrimonia, ac tot hæreditates, quot locis diver»so jure utentibus immobilia existunt (5).» Fœlix, Demangeat,

---

mero 196; Demante, sobre el art. 3 (t. I, núm. 10) y 726 (t. III, número 33); Marcadé, sobre el art. 3 (t. I, p. 49 y sig.)

(1) Binkerhoet, *Quæst. privat, jur.*; Libro 1.°, cap. 16, pág. 180.

(2) *De divers. stat.*, tít. II, parte 2.ª, cap. II, § 1; Boullenois, *Apéndice*, t. II, p. 59.

(3) P. Voet, *De stat.*, § 9, cap. I, núm. 34. Confróntese J. Voet, Ad Pand., lib. 38, tít. XVII, núm. 34; Sande, *Decis. fris.* lib. IV, título VIII, Def. 7; Boulenois *Observ.* 33; Burge, Comm. *On colon and foreing law*, part. 2.ª, cap. IV, § 5; Story, *Confic of law*, § 483; Fœlix, l., c., núm. 16 y sig.

(4) Fœlix, núm. 66, cita muchas autoridades de la mayor parte de los escritores que aceptan esta doctrina.

(5) Voet, *Comm. ad Pand*, lib. 38. tít. XVII, núm. 34.

Schæffner, Story, Burge, Zacarías, Rocco, Demolombe y otros autores modernos, distinguiendo la sucesion mueble de la inmobiliaria, admiten tambien un órden diferente de sucesion (1), y sobre estos principios es sobre los que se ha fundado la jurisprudencia de los tribunales de los diferentes países (2).

386. Acéptase, como regla general, que la sucesion mueble del extranjero debe regirse por la ley del domicilio actual del difunto, en virtud del principio que las cosas muebles acompañan á la persona del propietario, y son consideradas, por una ficcion jurídica, como existentes siempre en el domicilio. Todos los autores antiguos que hemos citado, y la mayor parte de los modernos, admiten esta teoría. «Mobilia, »dice Voet, certum locum non habent, quia facile de loco in »locum transferuntur, adeo que secundum loci estatuta regu»lantur ubi domicilium habuit defuctus (3);» y Zacarías se expresa casi del mismo modo: «La opinion más generalmente seguida en la práctica judicial francesa considera como regla que la sucesion de un extranjero es regida, aún respecto á los muebles corporales é incorporales; que ha dejado en Francia, por la ley de su país, y que con arreglo á esta misma ley es como se determina, relativamente á estos muebles, el total de la cuota imponible (4).» La jurisprudencia ha confirmado ámpliamente este principio (5), y la francesa, en particular, ha decidido que si los inmuebles situados en país

---

(1) Fœlix, l. c.; *Demangeat, Condicion de los extranjeros*, p. 337; Schæffner, *Derecho internacional privado*, § 132, núm. 2; Story, § 483; Burge, parte 2.ª, cap. IV; Zacarías, Derecho civil; Aubry y Rau, § 31 (número 3) y nota; Rocco, *Derecho civil internacional*, parte 1.ª, capítulo XXV; Demolombe, Tratado de la publicacion de las leyes, número 91.

(2) Cas Fran., 8 de Diciembre de 1840 (Wattelet) Dev. 41, 1, 56; Cas. 12 de Diciembre de 1843 (De Bussingen), Dev. 44, 1, 74. Véase Story, § 448. 485 y 489; Kamés, *On equity*, lib. III, cap. VIII, § 3.

(3) Voet, *De stat* § 9, cap. I, núm. 8; Voet. *ad Pand.*, t. I, lib. 1, título IV.

(4) L. c. § 31, núm. 3, h.

(5) Merlin, *Repert. v. leyes*, § 6, núm. 3. París, decreto 1.º de Febrero de 1836; Dev., 36, 11, 173; idem 3 de Febrero de 1838, Journ. du Pal, t. XXXVIII, p. 249.

extranjero han sido vendidos y su precio trasportado á Francia, la sucesion debe regirse por la ley francesa, porque el precio es en realidad una cosa mueble (1). No ha habido más que un autor que, habiendo demostrado que es quimérica la distincion entre las cosas muebles y las inmuebles bajo la relacion que debe regir los derechos de sucesion, no admite para las cosas muebles la excepcion aceptada por el mayor número, y sostiene, por el contrario, que la sucesion, tanto inmueble como moviliaria, debe regirse por la *lex rei sitæ* (2).

387. Diversos han sido los argumentos con que se ha querido justificar este principio: *quot sunt bona diversis territoriis obnoxia, totidem patrimonia inteliguntur*. Se ha querido confirmar esta teoría por la autoridad del Derecho romano, y se han citado muchos textos por los autores antiguos (3). Háse dicho tambien que, á falta de un convenio internacional concerniente á la ley que debe regir la sucesion de los extranjeros, y en la imposibilidad de suponer un convenio tácito para preferir la ley personal en caso de sucesion, como resulta de la gran divergencia de opiniones entre los autores y los tribunales, debe hacerse prevalecer el princtpio general que la ley de cada Estado rige los bienes situados en su propio territorio. Otros, fundándose en el principio del Derecho romano, que la peticion de la herencia debe hacerse ante el tribunal del lugar en donde se hallan los inmuebles, han deducido de aquí que no puede sucederse *ab-intestato* en los bienes inmuebles que, conforme á la ley de este tribunal, como si se pudiera demostrar rigorosamente que todo asunto discutido ante tal ó cual tribunal debiera ser decidido, en cuanto al fondo y á la naturaleza de la causa, con arreglo á la ley del lugar en donde se sigue el proceso. El argumento más fuerte, desarrollado de diversos modos por la mayor parte de los escritores franceses (4), se deduce de la estrecha relacion

---

(1) Rion 7 de Abril de 1835 (*Onslow*) Pasir.

(2) Dragoumis. *Condicion de los extranjeros.* p. 86.

(3) L. 19, § último, Dig. *De judiciis*; l. 84, § 10; Dig. *De legatis*, 1; l. 242, § último, de v. s.; l. 1, 2, 3, *Cod. Ubi in rem actio*; l. unic., Cod. *Ubi de hæred.*

(4) Rodier, *Revista de legislacion*, 1850, t. I, p. 180 y sig.; Demo-

que existe entre la ley de sucesion y el principio político de cada Estado. «Toda ley de sucesion, dice Demangeat, es una ley política, una ley que interesa al órden público; el derecho privado en materia de sucesion se ajusta siempre á los datos del sistema de gobierno vigente, y segun que este es un gobierno de privilegio ó un gobierno nacional, así vemos reinar en la ley de sucesion la idea de privilegio ó la idea de igualdad. Basta para convencerse de ello echar una ojeada sobre las diferentes leyes de sucesion admitidas en Francia en las diversas épocas de nuestra historia; todos aparecen de una manera más ó ménos patente como instrumentos de que se ha servido el soberano para hacer predominar tal ó cual gran principio de organizacion política y social.... Hay, por consiguiente, un interés público en que nuestra ley francesa rija toda sucesion que deje en Francia cualquier persona (1).

Las razones adoptadas por Aubry y Rau en apoyo de la teoría de Zacarías son muy análogas á las ya citadas. El territorio, dicen estos, forma la base material del Estado, cuya existencia se halla íntimamente ligada á la suerte de los inmuebles que componen este territorio; y, por consiguiente, ningun legislador podrá consentir en someter los inmuebles situados en su país á las prescripciones de una ley extranjera. Este principio, que se aplica á toda trasmision de inmuebles á título particular, debe valer tambien para la devolucion á título universal de una universalidad de inmuebles. No puede decirse que el patrimonio, que no es un objeto exterior y que se confunde con la persona del propietario, debe regirse por la ley personal de este último, puesto que no se puede, en la trasmision del patrimonio, hacer abstraccion de los objetos que de él dependen. Es verdad que para el arreglo de las sucesiones, tiene el legislador ordinariamenie en cuenta las afecciones naturales y presumidas del hombre, pero esta consideracion es secundaria. Las miras políticas, las razones de interés social son las que dominan principalmente en esta

---

lombe, t. I, n.° 91; Dragoumis, l. c., Com. Grenoble 25 de Agosto de 1848 (Chantem) Dev. 1849, 11, 257; Demangeat, *Revista practica de derecho francés*, t. I, 1856, p. 63.

(1) Demangeat, *Condicion de los extranjeros*, p. 337.

materia, lo cual es un motivo más para excluir toda aplicacion de una ley extranjera (1).

388. No negamos que los argumentos de que hemos hecho mencion anteriormente merecen toda consideracion, y por esto los hemos reproducido, sin quitarles nada de su fuerza; pero esto, no obstante, no podemos participar de la opinion de los autores que acabamos de citar. No nos detendremos aquí á discutir si en el estatuto sucesorio prevalece la realidad ó la personalidad, porque en nuestro sistema semejante discusion tiene una importancia secundaria. Ya hemos demostrado que las ideas de personalidad y de realidad son por sí mismas indeterminadás, y que debe abandonarse completamente en nuestros dias la doctrina de los estatutos, como insuficiente é incompleta (2), y sólo queremos hacer notar que, mientras muchos autores sostienen que la sucesion debe regirse por la *lex rei sitæ*, porque el estatuto sucesorio es real, Savigny (3) y otros son de parecer contrario, y se apoya en la personalidad del estatuto, lo cual confirma lo fútil de los argumentos deducidos de la personalidad y de la realidad.

El mejor razonamiento es el que se funda en la relacion íntima entre la sucesion y el principio político, económico y social de cada Estado. Este argumento tendria quizá un valor decisivo si el sistema hereditario moderno y el régimen de la propiedad fuesen los mismos que en tiempo del feudalismo. Puedé aún tener valor en los Estados que conservan siempre vivas las tradiciones feudales, pero no puede invocarse de una manera general é indeterminada contra los resultados de la ciencia moderna y los grandes cambios que ha sufrido en las sociedades políticas la nocion de la soberanía, de la propiedad y el sistema hereditario.

389. En el sistema hereditario feudal, no era la sucesion un asunto de derecho privado, sino de derecho político, y tendia á hacer permanentes é inmutables las relaciones entre los poseedores de la tierra y sus señores feudales; era la aplica-

---

(1) *Tratado de Derecho romano*, t. VIII, p. 291. (*Trad. Gen.*)
(2) Aubry y Rau, nota 43, al § 31 de Zacarías.
(3) Véase el libro 2.°, seccion 1.ª, cap. 1.

cian de los principios, mediante los cuales llegó á negarse la libertad política, la libertad civil y la verdadera propiedad. Habiéndose convertido, en efecto, los propietarios en vasallos y subvasallos, sólo tuvieron la posesion de la tierra por concesion del señor, y bajo este punto de vista su antigua propiedad se convirtió en usufructo. Era muy natural que el vasallo que no tenia un verdadero derecho de propiedad, sino un simple derecho de investidura, no pudiera nombrar su sucesor. El heredero era, pues, invariablemente impuesto por el señor con arreglo á la ley del país y á la naturaleza del feudo, independientemente de los lazos de familia y de los sentimientos naturales del difunto. De aquí dos consecuencias: la primera, que nadie podia heredar si no era vasallo ó subvasallo, y por consiguiente, que los bienes del extranjero fuesen declarados vacantes y devueltos al señor; la segunda, que nadie podia suceder sino ajustándose á la ley del país en donde se hallaban situados los bienes.

390. Si aún estuviese en vigor ese sistema, comprenderíamos perfectamente la idea de Aubry y Rau, á saber: *que el territorio forma la base material del Estado, cuya existencia se halla de este modo íntimamente ligada á la suerte de los inmuebles,* y la de Demangeat, que *toda ley de sucesion es una ley política.* Pero la ciencia y la filosofía han modificado esencialmente la nocion de la propiedad feudal, y reivindicada la libre disposicion del patrimonio del hombre; no es ya posible justificar la omnipotencia del soberano territorial, y afirmar de una manera vaga que toda ley de sucesion es una ley política. Tambien admitimos nosotros que el principio político, económico y social que preside á la organizacion de cada Estado, se revela en las leyes de sucesion; pero no puede concluirse de aquí que toda ley de sucesion sea una ley política, como si la sucesion no fuese una institucion civil, y cómo si no fuese, segun los principios de derecho, como debe arreglarse la libre trasmision del patrimonio del hombre.

La ley de sucesion va unida al principio político y económico del Estado, como todas las demás instituciones jurídicas, revelan más ó ménos directamente el principio político y social sobre que la Constitucion del Estado se funda. El derecho civil de cada pueblo es, en efecto, una emanacion y una aplicacion directa del derecho político; es la síntesis de

la ley natural armonizada con los principios políticos, económicos, sociales y morales que rigen este Estado, y por esto es por lo que los sistemas de legislacion positiva deben ser diferentes, segun son diversas las constituciones políticas de los Estados. ¿Pero querrá concluirse de aquí que cada Estado deba aplicar sus propias leyes tambien á los extranjeros y arreglar su sucesion? Nosotros somos de parecer contrario, porque la soberanía y el Estado no son objetos fundados en combinaciones territoriales facticias, y cuando no se perjudica el principio político y económico, con arreglo al cual se organiza la propiedad, nada impide que el extranjero suceda en los bienes que le pertenecen con arreglo á la ley á que está naturalmente sometido.

391. Los que sostienen la opinion opuesta hacen notar además que la ley de sucesion es una institucion civil y que no puede ser válida fuera de los límites del territorio en que ejerce jurisdiccion la autoridad de donde emana. Este es, en verdad, el falso punto de partida de donde proceden todas las falsas teorías sobre esta materia, y es un problema importante que habria que resolver para ventilar radicalmente la cuestion. No es posible detenernos en detalles sobre esta materia, pero es indudable que la ley que defiende el predominio de la *lex rei sitæ* en cuestion de sucesion, debe ser considerada como una derivacion de la escuela, muy numerosa por cierto, que cuenta partidarios aun en nuestros dias, y que se ha esforzado en negar el orígen natural del derecho de sucesion (1).

Nosotros pertenecemos á la escuela que, remontándose á la doctrina de los sábios jurisconsultos romanos, considera los derechos de propiedad y sucesion como inseparables uno de otro, é igualmente perfectos, y que los hace derivar de la naturaleza misma de las cosas que de un beneficio de la ley

---

(1) Gawa, *Ensayo sobre el verdadero orígen del derecho de sucesion*; Platon, *Dial, de las leyes*; Aristóteles, *Política*, 2, 8; Puffendorf, *De jure naturali et gentium*, lib. 4.°, cap. 10, § 4: Coccejus, *Observaciones sobre Grocio*, lib. 2.°, cap. 7, § 14; Tomasius, *De orig., suces.*, test. 3, 12, 32; Vinquerhoec, *Observ.*, lib. 2.°, cap. 2; Tronchet, sesion del 7 lluvioso, año 11; Toullier, *Código civil*, t. V, § 343; Grenier, *De Don en test., Disc. histor.*

civil. Admitimos, pues, que la propiedad es el complemento necesario de la personalidad humana, y que el elemento esencial que caracteriza la propiedad es el de poder disponer libremente de ella segun nuestros propios intereses y nuestras propias inclinaciones; que todos tienen el derecho absoluto de disponer de su propiedad; que toda limitacion á este derecho legítimo ofende la personalidad humana en una de sus más justas prerogativas; que para esto, el derecho de sucesion es un verdadero derecho del indivíduo considerado en sus relaciones jurídicas naturales, y subordinado en general á la voluntad del propietario; que, por último, la intervencion de la ley sólo puede justificarse como una excepcion y como basada siempre en la voluntad presunta del difunto. Si, pues, todo debe depender de la voluntad del propietario para decidir entre las leyes diversas la que debe preferirse, es necesario indagar cuál es la que puede revelar más directamente la voluntad presunta del difunto.

392. Colocando el problema bajo este punto de vista, no es dudosa la solucion. El derecho de sucesion pertenece al indivíduo considerado en sus relaciones jurídicas y naturales. Puede ejercerse activamente, mediante un acto de libre voluntad, por el que el propietario, en un momento cualquiera de su vida, dispone de la distribucion y de la administracion de su patrimonio para el momento de su muerte. En tal caso, pertenece á la ley bajo la cual vive civilmente, el indivíduo, dar á conocer y garantir este derecho. Cuando un indivíduo muere sin testamento, su sucesion es deferida por la ley, que es considerada como el testamento presunto del difunto, no porque esta voluntad presunta pueda ser considerada como un hecho cierto para una persona determinada y para sus relaciones individuales, sino porque cada derecho positivo adopta la presuncion general que le parece más apropiada á la naturaleza de las relaciones de familia y á las tendencias naturales del difunto. Siendo esta presuncion diferente, segun las diversas leyes positivas, no puede concebirse que el difunto tenga, en un caso determinado, tantas voluntades presuntas cuantos son los lugares diversos en que se hallan sus bienes, ó que tiene tantas voluntades opuestas, llamando como su heredero, para los bienes situados en un país, aquel que ha sido excluido para los situados en otro diferente; sino que es necesario admitir, por el contrario, que ha querido que su

sucesion sea regida por una ley única, á saber: aquella á que estuvo él mismo sometido durante su vida.

393. Esta opinion está conforme, en esencia, con la de Savigny y con la de Miftermaier, y está en vías de adquirir gran prestigio en Alemania, hasta el punto de ser ya aceptada por la mayoría de los autores alemanes, sobre todo desde que Menken la ha sostenido con valiosos argumentos (1). Los romanistas la defienden apreciando la naturaleza de la sucesion segun la idea romana. El patrimonio, dicen, considerado como unidad, es un objeto ideal, en el sentido de que no puede determinarse lo que comprende. Puede componerse de cosas muebles é inmuebles, de derechos particulares, de créditos y de deudas, y comprende todos los derechos activos ó pasivos de la persona, toda su fortuna; como un conjunto indivisible, *universitas juris*. Esta *universitas* representa de derecho la persona del difunto antes de la toma de posesion del heredero; no puede ser considerada en ningun lugar determinado, con preferencia á otro, sino como la continuacion de la persona del difunto, y debe ser regida por la misma ley á que la persona se hallaba sometida.

394. Nosotros aceptamos como principio general, que, en cualquier lugar que se hallen situados los bienes del difunto, la trasmision y atribucion de estos mismos bienes deben ser regidas por la ley á que la persona estaba sometida. No admitimos, sin embargo, que esta ley debe ser la del último domicilio del difunto como quiere Savigny, sino que creemos, por el contrario, que debe siempre aplicarse su ley nacional. Esta última es, en efecto, la ley bajo que vive civilmente la persona, y que debe regir todas las relaciones personales del hombre.

A los argumentos aducidos anteriormente en apoyo de esta teoría, que forma una parte de todo el sistema que hemos desarrollado, vamos á añadir las consideraciones siguientes: «El régimen de la sucesion, tiene numerosas relaciones con el derecho de familia. La comunidad de los

---

(1) Savigny, *Tratado de Derecho romano*, t. VIII, p. 298, y Schæffner, *Derecho privado internacional*, § 130, citan muchos autores alemanes que se adhieren á la misma opinion.

bienes, en los tiempos patriarcales y en los Estados primitivos, los fideicomisos y los mayorazgos que se introdujeron en la Edad Media para el principio de conservar la familia, las porciones legítimas que en la mayor parte de los Estados modernos limitan la libre disposicion del patrimonio del hombre, y otras instituciones semejantes son derivados de la diversa manera de concebir el régimen económico del patrimonio familiar y los derechos de las personas que les vienen á suceder en este patrimonio. No todas las legislaciones interpretan de la misma manera las tendencias naturales del cozazon humano; las relaciones mismas, entre el padre y el hijo, que, bajo cierto punto de vista, son absolutas, han sufrido diversas modificaciones, segun que se han tenido más ó menos en cuenta ciertos afectos que pueden hacer concurrencia al de familia.

Las legislaciones, que consideran la familia como una sociedad permanente, como un cuerpo colectivo, y á los miembros de la misma familia como co-propietarios del patrimonio del padre (1), limitan la plena propiedad de disponer, y garantizan á los hijos un derecho natural sobre el patrimonio familiar, por el establecimiento de las porciones legítimas. De suerte que, segun que se ha dado más ó menos importancia á esta idea de co-propiedad de cada uno de los miembros de la familia, así se ha modificado el régimen de las sucesiones.

Si, pues, todo depende de la vida y del derecho de la familia, ¿cuál es la ley que debe regir la sucesion, sino aquella bajo que la familia misma vive civilmente? ¿Con qué título querrá aplicarse la ley española para arreglar la sucesion de una familia italiana domiciliada en España, mientras se presume que, por no haber renunciado á su patria primitiva, ha conservado esta familia los hábitos, las tradiciones, las tendencias y la vida íntima de nuestros nacionales? Concluimos, pues, de aquí, que la sucesion debe ser regida por la ley na-

---

(1) «In suis hæredibus evidentius apparem continuationen dominii »eorum, perducere ut nulla vidatur hæreditas fuisse, quasi olim, hi do»mini essent qui etiam vivo patre quodam modo domini existimantur.» L. 11, Dig., *De lib*; *et post*; Rosmini, *Filosofía del Derecho*, *Derecho individual*, lib. III, cap. III, § 3; Hegel, *Filosofía del Derecho*, § 178.

cional de la persona de cuya herencia se trata, sea cualquiera el país en que se hallen los bienes y la naturaleza de éstos (1).

395. La teoría que acabamos de exponer es ciertamente preferible á todas las demás, ya porque está fundada en la naturaleza de las cosas, ya porque satisface mejor las necesidades prácticas, eliminando muchas contradicciones inevitables en el sistema que hemos combatido.

Admitiendo, en efecto, tantas sucesiones particulares cuantos sean los territorios en que existen los bienes inmuebles pertenecientes al difunto, puede ocurrir fácilmente que ciertas personas sean llamadas á suceder en los bienes situados en un país, y otras, en los existentes en un país diferente. Supongamos, por ejemplo, que un italiano muere sin testamento, y que tenga sus bienes, parte en las antiguas provincias piamontesas, parte en el canton del Tesino, parte en la provincia de Niza, y los demás en el Tyrol austriaco. Para deternar los derechos de la viuda sobre los bienes del marido, semiria necesario aplicar las leyes de cada uno de los países en donde se hallasen los inmuebles, y habria de hecho cuatro sucesiones diferentes regidas por las leyes de cuatro Estados, que no determinan ciertamente de una manera uniforme los derechos del cónyuge superviviente. Puede, pues, acontecer, que la viuda llamada á suceder por el tercio ó por la mitad de los bienes de su marido situados en Italia, sea excluida en cuanto á los bienes existentes en la provincia de Niza, siendo nuestra ley diferente de la francesa.

Sin embargo, si el patrimonio de una persona es una unidad ideal, si la trasmision debe hacerse conforme á la voluntad presenta del difundo, ¿cómo puede suponerse que la misma persona haya podido tener dos voluntades opuestas en un mismo momento?

---

(1) **Esta doctrina está conforme con la expuesta en nuestra obra de *Derecho público internacional*, (Milan, 1865). p. 137. «La ley de sucesion debe ser reconocida universalmente, porque ninguna nacion puede pretender regir los intereses de las familias extranjeras; pero si tales leyes perjudicasen el interés económico y público de la nacion donde existen los bienes, no deberá respetarse, porque alteraria el organismo de la propiedad.»**

Además, para que en el caso expuesto haya cuatro sucesiones y sean distintas entre sí, debia admitirse tambien, como creen Voet, Burgundus y otros jurisconsultos, que el heredero puede aceptar la herencia en Italia, en Francia, en Suiza, y renunciar á la de los bienes situados en Austria, ó, en otros términos, seria necesario hacer legítima la representacion parcial del difunto. Esta solucion, que es una consecuencia lógica en el sistema contrario, ofenderia á la naturaleza misma del derecho hereditario y perjudicaria los intereses del tercero. No puede, en efecto, admitirse que, formando la herencia un conjunto individual, como individual era la persona del finado (1), el heredero que representa esta persona sólo puede aceptar una parte de esta herencia idéntica. Además, si el heredero podia aceptar á su antojo ciertos bienes y repudiar otros, podria frustrar los derechos legítimos de los acreedores con gran daño de la buena fé y de la lealtad del comercio y de los cambios. Y sin embargo, admitiendo el principio, no se puede, si se ha de ser lógico, evitar este gravísimo inconveniente (2). Si cada ley territorial debe regir separada y exclusivamente los bienes inmuebles existentes en su territorio, y si, en el caso supuesto, no se trata de una, sino de cuatro sucesiones distintas y distribuidas de una manera diversa, podrá el heredero aceptar una y renunciar las demás, y recíprocamente.

Es tambien difícil resolver, con los sistemas que combatimos, las cuestiones relativas á la equitativa distribucion de las deudas hereditarias cuando las personas llamadas á suceder son diferentes, segun los diversos países, y cuando los inmuebles dados en garantía existen en puntos regidos por estatutos sucesorios diversos (3). En cuanto á la obligacion de la *colacion* y al derecho de *acrecer* pueden presentarse sérias dificultades en el sistema contrario, cuando los bienes están situados en países gobernados por leyes diferentes. Puede suceder, por ejemplo, que mientras la ley del país en donde existe una parte de los bienes del difunto reconoce el derecho de acrecer en beneficio de los co-herederos, la ley

---

(1) Zacarías, *Derecho civil*, § 589.
(2) Voet, *Com. ad Pand*, lib. XXX, tít. II, núm. 17.
(3) Story, *obr. cit*, § 489 y sig.

del otro Estado en donde existe el resto de los bienes no atribuya la porcion vacante á consecuencia de renuncia á otro co-heredero, sino al pariente más próximo, sea por representacion, sea en virtud de su propio derecho, ó que dé á los acreedores del renunciante la facultad de aceptar ellos la parte á que ha renunciado aquel con perjuicio de sus intereses. En estos casos y otros análogos sólo tendria lugar el derecho de acrecer respecto de los bienes existentes en un país y no para los de otro, y así se veria destruida la indivisibilidad del derecho hereditario. Pero si, en donde quiera que existan los bienes del difunto, forman en su conjunto una sola unidad jurídica; si, segun el Derecho romano, *hœres et hœreditas, tametsi duas appellationes recipiant, porsonœ tamen vice funguntur*, la ley que rige la sueesion debe ser única, y será la ley nacional del difunto.

396. A los principios que hemos expuesto, y que deberian ser aceptados por la jurisprudencia internacional, como han sido consagrados por nuestro legislador, es necesario hacer la excepcion de costumbre, á saber: que la ley por que se rige la sucesion de los extranjeros sólo puede ser eficaz en el lugar en donde radican los bienes del difunto, en aquello que no ataque al régimen de la propiedad y al interés económico, agrícola ó político del Estado. Las leyes sobre la trasmision de los feudos, de los fideicomisos y de los bienes sustituidos, no pueden tener efecto en un Estado que haya abolido por completo el régimen hereditario feudal. Lo mismo puede decirse de las leyes que establecen un régimen privilegiado de sucesion para las familias nobles, ó que sancionan la institucion de los mayorazgos y otras análogas. Semejantes leyes no pueden denominarse, en rigor, leyes de sucesion, denominacion con que designamos las leyes que se ocupan de arreglar, de la manera más conveniente, la trasmision de los bienes del difunto y su distribucion entre los indivíduos de la familia, segun los derechos de sus miembros y la voluntad expresa ó tácita del difunto. En cuanto á las leyes de la trasmision de los feudos, de los fideicomisos y de los mayorazgos son de naturaleza mixta; excluyen la sucesion testamentaria, la division de los bienes y los derechos de sucesion de la mujer; tienen el carácter de leyes políticas inspiradas por el interés particular de un Estado. Tales leyes sólo pueden valer en los límites del territorio donde impera la autoridad de que

emanan, y cuando se duda si la ley extranjera llamada á arreglar la sucesion perjudica los intereses de la nacion donde los bienes se encuentran, pertenece al magistrado local el resolver la duda, segun ya hemos dicho (t. I, n.° 28).

397. La capacidad de los que tengan derecho á suceder debe ser, en general, regida por su ley nacional. Si esla ley hubiese declarado al heredero instituido, incapaz, ora por causa de muerte civil, ora por herejía, ora por otras razones no reconocidas ni admitidas por la ley del lugar en donde debe recogerse la herencia, no podria el heredero ser excluido de la sucesion (t. I, n.° 50).

398. Sobre la capacidad del heredero puede surgir una importante cuestion, en el caso de un legitimado por *subsiguiente matrimonio ó por rescripto del príncipe.* Si, segun la ley de su patria, el legitimado por subsiguiente matrimonio está colocado, en cuanto á los derechos de sucesion, sobre el mismo pié que el hijo legítimo, ¿deberá ser considerado como tal en el país extranjero donde existen los bienes en que aspira á suceder, aunque esté en vigor en este país una ley diferente de sucesion? Ya hemos expuesto en su lugar oportuno la cuestion relativa al Estado, y hemos indicado la ley segun la cual debe decidirse si los hijos nacidos antes de la celebracion del matrimonio deben ó no ser reputados legítimos (t. I, números 137 y sig.) Aquí sólo debemos hablar de los derechos de sucesion del hijo legitimado cuando los bienes en que aspira á suceder se hallan situados en países regidos por leyes diferentes.

Para resolver esta cuestion, distingue Rocco, en la legitimacion, la calificacion personal de los efectos que ésta produce, y cree, que para definir si un individuo tiene ó no la cualidad de hijo legitimado, debe tenerse en cuenta su ley personal, pero que para sus derechos á la sucesion y para la extension de estos mismos derechos debe aplicarse la ley del lugar en donde se encuentran los bienes. Afirma que la cualidad de los herederos, el régimen de las sucesiones y la reparticion de los bienes tienen una íntima relacion con el estatuto real, y deduce de aquí, que deben depender exclusivamente de la sucesion del territorio (1).

(1) *Derecho internacional*, parte 1.ª, cap. XXIII.

No participamos de esta opinion. Es cierto que pertenece á la ley nacional definir cuando el ciudadano es hijo legíti mo, ilegítimo ó legitimado. La calificacion personal que se deriva de la legitimacion de la progenitura, no puede, en verdad, ser considerada como una cualidad abstracta, pero debe serlo como una importante modificacion de estado, que cambia las relaciones jurídicas existentes entre el hijo y el autor de sus dias, y les atribuye ciertos derechos y ciertas obligaciones recíprocas, de suerte que el hijo legitimado, equiparado al hijo legítimo por una ficcion jurídica, debe ser considerado como tal en todo lugar, en todas sus relaciones con su padre, como si hubiere nacido durante el matrimonio.

En el caso en cuestion, la aptitud jurídica para gozar de los derechos de sucesion, nace inmediatamente del estado de la persona, y puesto que no pertenece á la *lex rei sitæ* el determinar este estado, no puede depender de ella la determinacion de los derechos del hijo legitimado á la sucesion, ni la medida y extension en que puede ejercitarlos.

Ya hemos demostrado que, á falta de voluntad expresa, los bienes del difunto deben trasmitirse con arreglo á las disposiciones de la ley de su patria, con tal que no perjudique los intereses de la soberanía territorial. En nuestra manera de ver, no debe el heredero pedir la cualidad de tal heredero legítimo á la *lex rei sitæ*, sino que para suceder en los bienes de su padre existentes en país extranjero, debe presentarse con dicha cualidad. Por más que «*hæres legitimus est quem justæ nuptiæ demonstrant*»; sin embargo, por una justa ficcion legal, admitida por la ley de su patria, los hijos nacidos antes del subsiguiente matrimonio, *finguntur ex justo matrimonio nati.* Si el legitimado es, pues, de pleno derecho heredero legítimo con arreglo á su ley nacional, y si la capacidad de los herederos debe ser regida por esta misma ley, debe concluirse que los derechos sucesorios del legitimado deben ser universalmente reconocidos.

En lo que concierne á la legitimacion por rescripto soberano, admitimos los mismos principios. En efecto, por más que podria opinarse que, dependiendo de una concesion por gracia de la autoridad soberana, no pueda valer sino en los límites en que ésta ejerce jurisdiccion, sin embargo, habiendo admitido ya que debe considerarse como legítimo todo individuo que es declarado tal por la ley de su patria, no pode-

mos hacer ninguna distincion, ya sea que la legitimacion proceda de una disposicion general, ya de un acto concreto de la autoridad pública. Siempre que sea válida segun la ley nacional del legitimado, debe serlo tambien universalmente, áun para los derechos sobre los inmuebles pertenecientes al padre difunto.

Admitiendo la teoría de Rocco, es decir, que la ley personal confiere al legitimado la aptitud abstracta, y la *lex rei sitæ* el derecho concreto de gozar de la sucesion, seguiríase de aquí que el legitimado podria ser heredero legítimo en cuanto á los bienes muebles y no en cuanto á los inmuebles. Podr a tambien dudarse que los hijos legítimos nacidos de un matrimonio civil, que se presentan como herederos legítimos para suceder en los bienes de su padre situados en otro Estado que no admita más que el matrimonio religioso, pueden ser excluidos de la sucesion, porque carecian de la cualidad de herederos legítimos segun la *lex rei sitæ*. Estas consecuencias y otras semejantes trastornan toda la doctrina de la legitimidad.

399. La cuestion que hemos discutido presenta grandes dificultades para su resolucion, respecto de la ley inglesa. El *Common law*, no solo no reconoce la legitimacion por subsiguiente matrimonio, sino que dispone que la persona no puede heredar en Inglaterra á no haber nacido de un matrimonio legítimo (*Born in lawful wedlock*). Parecerá que esta disposicion general y prohibitiva deberia excluir absolutamente á los extranjeros legitimados del derecho de suceder en los bienes muebles existentes en Inglaterra. Sin embargo, estudiando bien la cosa, puede sostenerse tambien ante la ley inglesa la teoría que poco há hemos expuèsto.

En el sentido del *Common law*, el *heredero legítimo* significa *quem nuptiæ demonstrant*. Si se quiere, pues, distinguir la cuestion de herencia de la cuestion de Estado, hay que advertir que son inseparables, pues el heredero legítimo es el hijo legítimo. ¿Pero qué significa la expresion *hijo legítimo*? Pues denota un hijo de pleno derecho, un hijo nacido *in lawful wedlock, ex justis nuptiis*. Ahora bien, para decidir cuando un individuo es hijo de pleno derecho, y cuáles son las *justæ nuptiæ*, debe aplicarse la ley que rige el matrimonio y no la del lugar en donde existen los bienes. Si un legislador, considerando el matrimonio como un contrato con-

sensual, dispone sábiamente que, cuando dos personas declaran querer unirse en matrimonio, quedan unidas con tal promesa recíproca, y que, antes de celebrarse la ceremonia exterior tienen un hijo, éste último es considerado como legitimo *ab initio* y de pleno derecho, porque se le supone nacido en matrimonio por una ficcion legal, es cierto que este hijo será legítimo y podrá decirse nacido de justas nupcias, de suerte que tendrá tambien el derecho de suceder en Inglaterra, haciendo valer su cualidad de hijo de pleno derecho..

400. Tambien pueden resolverse por los mismos principios las cuestiones relativas á la sucesion del hijo adoptivo y del hijo natural. Los principios expuestos para resolver las cuestiones de Estado, son una base para todo lo que se refiere á los derechos de sucesion de los hijos naturales y adoptivos. Determinado el estado de la persona, deben ser reconocidas sus consecuencias jurídicas en donde quiera que existan los bienes.

En cuanto á los derechos de sucesion del hijo natural, prohibe nuestra ley la indagacion de la paternidad. De aquí que la filiacion de un hijo natural con relacion al padre, cuando no se halla establecida por un acto auténtico de reconocimiento voluntario, no puede serlo con ninguna otra clase de prueba, ni aún por la posesion de estado. Cualquiera que sea la ley del lugar en donde un italiano haya procreado un hijo natural, cuando éste no ha sido voluntariamente reconocido, no puede ser admitido ante nuestros tribunales para probar su filiacion respecto de su padre, ni para suceder á aquél que él pretende probar que lo es, ni para pedirle los alimentos. Si este hijo hubiere ejercitado su accion en el país donde ha nacido, y en el que suponemos permitida la indagacion de la paternidad, y hubiere obtenido un fallo de los tribunales declarando su filiacion respecto del padre, podria dudarse si tendria derecho á concurrir con los hijos legítimos para suceder en los bienes que su padre poseia en Italia.

En el caso que acabamos de suponer, el único título que puede invocar el hijo natural para probar su filiacion, es la sentencia judicial que, habiendo sido pronunciada por un tribunal extranjero, no podrá ser eficaz en Italia, sin haber sido antes declarada ejecutoria con arreglo á las formalidades habituales exigidas por nuestra ley. En primer lugar,

podria decirse que el magistrado de nuestro país, á quien pertenece el derecho de apreciacion, no puede declarar ejecutoria una sentencia de un tribunal extranjero, fundada en la indagacion de la paternidad, y tanto más, cuanto que los efectos de semejante sentencia deben ser los de quitar una parte de los bienes existentes en Italia á los hijos y descendientes legítimos á quienes los otorga nuestra ley, y no debe, por tanto, ser admitido el hijo natural á la sucesion paterna; pero como nuestra ley concede el derecho de alimentos á los hijos cuya filiacion—aunque no sea permitido reconocerlos—resulta, sin embargo, indirectamente de una sentencia civil y penal, así mismo, en el caso en cuestion, el hijo natural puede tener, cuando más, derecho á los alimentos.

Debe observarse, en fin, que si bien nuestra ley prohibe la indagacion de la paternidad en Italia, esta indagacion puede, sin embargo, ser permitida en territorio extranjero, y que el hecho de declarar ejecutoria una sentencia fundada en las pruebas de la paternidad, cuando la ley, segun la cual se ha hecho, no la prohibe, no ofende nuestro derecho público. El magistrado á quien corresponde declarar ejecutoria una sentencia de un tribunal extranjero, no debe preocuparse de averiguar si es favorable ó desfavorable á un nacional, sino examinar únicamente si la sentencia ha sido pronunciada por una autoridad judicial competente, si las partes han sido regularmente citadas y representadas, y si la sentencia contiene disposiciones contrarias al órden ó al derecho público interior del reino. Y aunque nuestra ley no permite la indagacion de la paternidad, considera, sin embargo, como válido el reconocimiento que resulta de un documento auténtico, y manifiesta que la declaracion de paternidad, pronunciada por un magistrado extranjero, constituye por sí mismo un reconocimiento auténtico. Concluimos, pues, que el hijo natural no puede ser excluido de la sucesion paterna en Italia, porque, admitido su estado, no pueden rechazarse las consecuencias jurídicas que de él se desprenden (tomo I, números 141 y 143).

Los principios ya expuestos nos parecen suficientes para resolver todas las cuestiones relativas al órden de sucesion, y para determinar las diversas clases de herederos, su grado respectivo, el órden en que son llamados á suceder los here-

deros de la misma línea, y los casos en que debe admitirse el derecho de representacion y la division de la herencia entre las dos líneas, el derecho de regreso de la sucesion y las personas á quienes compete, y todo lo que corresponde al régimen de las sucesiones. Hay aquí cuestiones para cuya solucion debe aplicarse siempre la ley nacional del difunto, con tal que no perjudique al derecho público interno del lugar en donde los bienes se hallan situados.

401. La aplicacion de la *lex rei sitæ* solo puede admitirse para todo aquello que pertenece á la adquisicion y á la investidura de la herencia, es decir, á lo que los franceses llaman *saisine hereditaire.*

El llamamiento á la herencia, de que nos hemos ocupado hasta ahora, confiere á la persona en favor de quien se realiza el derecho de adquirir la herencia deferida. Para decidir bien si, para la adquisicion real de la herencia, es necesario que halle un hecho especial que manifieste la voluntad de hacerla, y qué clase de hecho debe ser este, es necesario tener en cuenta las disposiciones particulares de la ley. Bajo cualquier ley que se haya hecho el llamamiento á la herencia, la adquisicion de esta es siempre una cuestion de posesion, y á semejanza de las demás cuestiones posesorias, debe resolverse con arreglo á la *lex rei sitæ.* Esta distincion es del mayor interés para determinar cómo ha pasado á la persona del heredero la posesion de los bienes del difunto, y para resolver todas las cuestiones que de la posesion del patrimonio se desprenden. Así, por ejemplo, es necesaria una distincion análoga para decidir si el heredero llamado á suceder puede ejercitar las acciones posesorias antes de haber tomado de hecho posesion de las cosas hereditarias; si, en el caso en que muchos individuos fuesen llamados á la herencia de una manera indivisible, puede uno de ellos reivindicarla toda, como deferida á él conjuntamente con los demás; si el heredero puede ser inmediatamente perseguido por los acreedores de la herencia, y si puede ejercitar todas las acciones para hacer valer los derechos propios de sucesion. Estas cuestiones y otras análogas dependen de la diversa manera como la posesion de los bienes del difunto pasa á la persona del heredero, y deben resolverse teniendo en cuenta la *lex rei sitæ.*

402. Con arreglo á la ley nacional del extranjero es como

debe decidirse si la sucesion puede ó no decirse vacante. En cuanto al fisco, que debe ser preferido para suceder, conviene observar que, por más que algunas leyes consideran el derecho de recojer la herencia vacante como un derecho de sucesion, no podrá decirse que el Estado llamado por la ley nacional deba ser preferido, puesto que es uno de los sucesores; pero nosotros creemos que el fisco no sucede á título de heredero, sino por derecho de ocupacion, como para todas las cosas que no tienen dueño, cuyo derecho pertenece al dominio público, y se refiere al Estado en cuyo territorio se hallan los objetos (1).

403. Estos principios son igualmente aplicables á la sucesion testamentaria. Todas las cuestiones relativas á la capacidad jurídica en cuanto á la sucesion testamentaria, *testamenti factio* activa y pasiva, concerniente á los límites á que puede restringirse la facultad de disponer por testamento, á las causas que invalidan la disposicion testamentaria nula *ab initio*, ó que la hacen tal, todas estas cuestiones deben ser resueltas con arreglo á la ley nacional del testador.

En efecto, aunque segun el derecho natural, todo ciudadano puede disponer de los bienes que le pertenecen, esta facultad no puede ejercerse sin ser restringida en ciertos límites. La razon pública, la utilidad comun, la moral y el respeto debido á los derechos de los miembros de la familia, que, bajo cierta relacion, pueden llamarse propietarios de patrimonio comun, áconsejan al legislador impedir que ciertas personas menos meritorias sean beneficiadas con perjuicio de los que, por los lazos de la sangre y del afecto, merecen la preferencia. Todo esto no pertenece ciertamente á la *lex rei sitæ*, sino á la ley nacional de la familia. Con arreglo á esta ley es como debe establecerse qué personas son incapaces de ser instituidas herederas por el testador, y qué otras pueden ser instituidas herederas ó desheredadas, cuáles tienen derecho á una porcion de los bienes del testador, y cuál debe ser esta porcion.

404. En cuanto á los testamentos, es una opinion corriente en nuestros dias, que un testamento válido en cuanto á su

---

(1) Véase el tribunal de París, 15 de Noviembre de 1833 (cónsul de los Estados-Unidos de América; *Pasicr*.

forma, segun la ley del lugar en donde se ha hecho, debe ser considerado como tal por doquiera, yà disponga de los bienes muebles ya de los inmuebles. Este principio de jurisprudencia internacional ha sido aceptado por todos los pueblos civilizados, para no exponer un acto de tal importancia al peligro de nulidad por falta de forma. Debemos tambien hacer notar que independientemente de las dificultades graves de llenar con exactitud las formalidades exigidas por una ley extranjera, seria en ciertos casos imposible ajustarse á ella. Un prusiano, por ejemplo, que querria hacer un testamento en Italia, en las formas exigidas por su ley, no podria, porque segun la nuestra, el testamento público debe hacerse ante un notario, y segun la ley prusiana, lo mismo el testamento que el codicilo, debe hacerse ante el tribunal, ó ante una comision nombrada al efecto (1).

Un autor ha querido sostener que, para la validez del testamento, deben observarse las formas exigidas por la ley de la pátria del testador, y se han citado en apoyo de esta doctrina muchos textos del derecho romano, aunque mal traidos (2). La jurisprudencia inglesa ha consagrado tambien el principio que una disposicion testamentaria concerniente á los bienes muebles puede hacerse con arreglo á la ley de la patria del testador (3). En cuanto á las disposiciones relativas á los bienes inmuebles, el *common law* exige, como indispensable para su validez, que se hayan observado las formas y solemnidades exigidas por la *lex rei sitæ* (4). Sucede esto, porque en todas las relaciones jurídicas con el suelo, hallamos exageradas en Inglaterra la autoridad del soberano territorial. Segun otra opinion, el testamento hecho por un ciudadano en país extranjero puede ser válido en su patria

(1) Título XII, parte 3.ª, art. 66.

(2) L. 9, Cod. VI, 23 ;libro III y IV, Dig. 38, 1; Cajus, lib. II, *Inst.*, «quæramus an valeat, testamentum in primis animad vertere »debemus an is qui fecit testamentum habuerit. testamenti factio, »deinde si habuerit requiremus an secundum regulas juris civilis »testatus sit.»

(3) Story, § 465; Stanley, véase Barnes 3; Hagg., *Ecles. Report.*, 373, 465.

(4) Rovertson, *On sucesion*, p. 95, Burge, *Com. on Col*, parte 2.ª, cap. 12; Story, § 474.

cuando el testador no ha tenido ocasion oportuna para volver á ella y rehacer allí el testamento con las formas exigidas por su ley (1). Esta opinion no es científicamente admisible, porque no hay razon para invalidar una disposicion válida por sí misma, solo porque el disponente no podia hacer otra. Savigny, sin embargo, por más que convenga en que esta opinion cuenta pocos partidarios, aconseja á los padres de familia prudentes que rehagan el testamento en su patria para prevenir todo evento posible (2).

405. A pesar de que aún hay algunas divergencias, puede ya hoy considerarse como definitivamente dicidido que el principio *locus regit actum*, se aplica á la forma del testamento (3). Mas cuando se ha concedido única y expresamente á los nacionales el testar de una manera especial, no pueden los extranjeros servirse de esta forma determinada (4). De donde se sigue que el testamento hecho por un italiano en país extranjero ante el funcionario encargado de tales actos, debe ser considerado como hecho con todas las formalidades exigidas por la ley extranjera para su validez, y corresponde, al que quiere hacer que sea declarado nulo, probar que no se ha llenado alguna de estas formalidades, En Francia se ha decidido que, aunque el testamento no lleve la fecha del lugar en donde se ha hecho, puede el juez, sin violar ninguna ley, fallar sobre los enunciados de este testamento hecho en un país extranjero determinado, y apreciar su validez con arreglo á la ley de ese mismo país (5).

Para decidir si el testamento puede ser considerado como

---

(1) Koppen, Decis. 31, núm. 25; Heichhorn, *Derecho privado*, § 35 y 37.

(2) Tratado de Derecho romano, t. VIII, p. 352 (Trad. Guenoux).

(3) Felix, O. C., núm, 73; Schæfner, núm. 143; Rocco, parte 3.ª, capítulo XXIII; Savigny, l. c.; Merlin, *Repert.*, Vº *Testamento, cohj.* Delisle, *Don. y Test.*, art. 968.

(4) Schæfner, núm. 144.

(5) Cas. Rej., 6 de Febrero de 1843, Jurispr. del siglo XIX.

Ruan, 21 de Julio de 1840, y 6 de Febrero de 1843. Jurisp. del siglo XIX y Pasicrisis. Véase para un testamento hecho en Humrigria en la forma nuncupativa, ante el juez de los nobles y un asesor, Trib. de Cas, 30 de Noviembre de 1831. (Charpentier). Jurisprudencia, 1832, 1, 52. Pasicrisis.

hecho por acta auténtica, debe aplicarse la ley del país en donde se ha redactado, y con arreglo á esta ley es como debe determinarse tambien si la intervencion del oficial público es indispensable para la autenticidad. De aquí, que el testamento hecho por un italiano en Inglaterra, con las formalidades exigidas eu este país para los testamentos solemnes, las cuales consisten en la firma del testador y las de cuatro testigos á quienes debe presentarse el testamento, son suficientes para dar á tal acto el carácter de autenticidad, aun cuando no haya intervenido ningun funcionario público.

406. Habiendo demostrado anteriórmente que el principio *locus regit actum* es potestativo y no imperativo (1), se sigue que un ciudadano que testa en país extranjero, puede llenar las formalidades exigidas por la ley de su patria. En este caso, sin embargo, su testamento seria solo eficaz en su patria, no en otros países, en donde se hallan los bienes (2). En la hipótesis en que la ley de la patria del testador permitiese disponer por testamento hológrafo, y la del lugar en donde se redactase y fechase el acta no reconociese esta forma, podrian surgir algunas dificultades. ¿Podrá un italiano residente en el extranjero disponer por testamento hológrafo de sus bienes, donde quiera que se hallen situados?

No puede surgir duda alguna acerca de la eficacia de tal testamento en Italia, puesto que nuestra ley solo exige que el testamento hológrafo esté todo escrito, fechado y firmado de mano del testador (art. 775).

Toda la cuestion versa sobre la eficacia de este testamento en país extranjero. Algunos dicen que el principio *locus regit actum* se aplica solo á los actos para los que se exige la intervencion de un funcionario público y el empleo de ciertas solemnidades externas; que el testamento hológrafo es un acto dispensado de todas las solemnidades; que debia considerársele como un beneficio personal, y concluyen de aquí,

---

(1) Véase el núm. 318.

(2) Véase Tribunal de Casacion de París, sentencia de 9 de Marzo de 1853. Dev. 1853, 1, 274. Semejante decision está fundada en «que es un principio de derecho internacional que la forma exterior de los actos está esencialmente sometida á las leyes, usos y costumbres de los países en donde se han verificado. V. Rocco, *Derecho civil internacional*, part. 3.ª, cap. IV.

que cualquiera que sea el lugar en donde se verifique el testamento en forma ológrafa, con tal que sea válido segun la ley del testador, debe serlo en todas partes.

Rocco, por el contrario, observa que por más que para el testamento hológrafo no se requieran las solemnidades que son indispensables para el testamento público, no puede, sin embargo, ser considerado como un acto hecho sin solemnidad, de manera que no caiga bajo el principio *locus regit actum*. El testamento holágrafo tiene tambien sus formas sustanciales: tales son el ser escrito y firmado de puño y letra del testador, así como la fecha, sin cuyos requisitos no seria válido. Aplicando, pues, á este testamento el principio *locus regit actum* como para los demás, concluye que uno de nuestros compatriotas residente en el extranjero que emplee para testar la forma hológrafa no permitida por la ley del país de su residencia, viola el principio de jurisprudencia internacional *locus regit actum*, y no puede pretender que tal testamento sea reconocido en los países extranjeros en donde se hallan los bienes (1). Nosotros aceptamos tambien esta opinion.

407. Para todo lo que se refiere al contenido del testamento y á su interpretacion, debe aplicarse la ley nacional del difunto, nó la del lugar en donde el testamento se ha hecho, ni la de aquel en donde existen los bienes. La mayor parte de los autores antiguos y modernos sostienen que la sustancia y la interpretacion de un testamento deben ser regidos por la ley del domicilio del difunto (2). De este modo hacen surgir múltiples cuestiones cuando, entre el dia en que se hizo el testamento y aquel en que tuvo lugar la muerte, se ha verificado un cambio de domicilio (3). En nuestro sistema, la apli-

---

(1) Lugar citado.

(2) Voet, *De Stat.*; seccion IX, l. c., núm. 8; J. Voet, *ad Pand, de hæred. instit.* núm. 16; *ad Senat.* Trevel., núm. 34; Boulenois, *Personalidad y realidad de las leyes*, t. II, p. 503 y sig^s Hertius, De colisione legum, leccion IV, § 24, seccion VI, § 3, Scheffner, *Derecho privado internacional*, núm. 150 y sig.; Savigny, l. c. § 375; Fœlix, l. c. número 115.

(3) Rodemburgo. *Tractatus*, tít. II, parte 2.ª, cap; IV, núm. 1; Tittmann, De competencia legum, § 29; Story, *Conflic. of law*, § 473; Burge, l. c. t. IV, p. 580.

cacion exclusiva del testador es la consecuencia lógica de todo lo que hemos dicho anteriormente, sin que haya necesidad de otras razones.

408. Notaremos solamente, en cuanto á la eficacia del testamento, que, cuando los bienes se hallan en países diferentes, es necesario hacer declarar el testamento ejecutorio segun la ley del lugar en donde existen los bienes, y que puede rehusarse hacerlo tal, cuando de su ejecucion se desprenda un ataque al derecho público interno del Estado.

Este justísimo principio no se debe exagerar en su aplicacion, hasta el punto de que puedan considerarse como contrarios á las instituciones de un Estado todos los testamentos que no estén conformes en sustancia con las disposiciones de la ley nacional. En todo caso corresponde á los tribunales el decidir (1), y no se negarán á la ejecucion del testamento de un extranjero solo porque la ley de este último atribuya como legítima una parte de bienes más ó menos grande que nuestra ley, ó porque provea de una manera diferente á los derechos del cónyuge superviviente; pero rechazarán con razon la ejecucion de un testamento que altere del régimen general de la propiedad con disposiciones contrarias á nuestras instituciones y á nuestro derecho público interno.

(1) Véanse los *Preliminares*, núm. 28.

# APÉNDICES.

# APÉNDICE I. [a]

## COLECCIONES DE JURISPRUDENCIA CITADAS.

| | |
|---|---|
| *Parsicr* ............... | *Pasicrisis francesa.* |
| *Pasicr. belg* .......... | *Pasicrisis belga.* |
| *Pal*.................... | *Jurnal du Palais.* |
| *Dall*................... | Dalloz, *Rec. period.* |
| *Journ. de Mars*....... | *Journal de Marseille.* |
| *Gaz. Proc*............. | *Gazzette du Procur.*, de Nápoles. |
| *Monit* ................ | *Moniteur des Tribun. de Milan.* |
| *Caveri*................ | *Jurispr. Comerciai.* |
| *An. Jur*............... | *Anales de Jurisp. italiana.* |
| *Bettini*... ............ | *Jurisp. del reino de Italia.* |
| *Nervini*............... | *Decisiones del magistr. civ. y comerc. de Livurna.* |
| *Legge* ................ | Diario *La Ley.* |

*Condicion de los extranjeros en Francia* (§ *15 del texto*).

Despues de la redaccion del Código de Napoleon se han conferido diversos derechos á los extranjeros por leyes especiales. Citaremos entre otros: el decreto de 16 de Enero de 1808, que les concede el derecho de adquirir acciones del Banco de

(a) Este apéndice lo escribió el autor para version francesa de este libro, hecha y publicada por Mr. Pradier Foderé, de la que nosotros lo hemos tomado.

(*N. de la Trad.*)

Francia; la ley del 21 de Abril de 1810, que les ha permitido obtener una concesion de minas; el decreto del 5 de Febrero de 1810, que les ha concedido el derecho de propiedad literaria y de invencion si han obtenido el título; el decreto de 28 de Marzo de 1852, que castiga como delito la falsificacion de obras extranjeras en Francia; la ley del 28 de Marzo de 1853, que los ha autorizado á depositar sus fondos en la Caja de Ahorros; la ley del 5 de Julio de 1844, que les concede el derecho de obtener privilegios de invencion en Francia; la ley del 23 de Junio de 1857, que asegura á las marcas de las fábricas extranjeras la misma proteccion que á las francesas, etc., etc.

El Tribunal de apelacion y el Tribunal de casacion francesa han decidido que el extranjero establecido en Francia, aunque no esté naturalizado ni autorizado por el Gobierno á establecer allí su domicilio, tiene derecho al disfrute de los pastos comunes y á participar del derecho de tala en la *comune* donde ha fijado su domicilio y posee tierras en cultivo (1).

Los derechos negados en absoluto á los extranjeros en Francia son los llamados *derechos de ciudadano*. Un extranjero no puede ejercer en Francia un empleo eclesiástico (2), ni la profesion de abogado (3), publicar un periódico (4), servir de testigo en los actos públicos, ser tutor (5), formar parte de un consejo de familia en interés de un pariente francés (6), enseñar sin llenar ciertas condiciones (7) ni otras funciones análogas.

---

(1) Besancon, 25 de Junio de 1860; Trib. de Cas., 31 de Diciembre de 1867; Dal. 1860, 2.151; 1863, 1. 5.—Metz, 23 de Noviembre de 1863, Dal. 1865, 2, 2.214.

(2) Ley del 18 germinal, año X, art. 32.

(3) Deliberacion del Consejo de Grenoble, 6 de Febrero de 1830; Dalloz, 1831, 3, 87.

(4) Ley del 18 de Julio de 1828.

(5) Aubry y Rau, Com. á Zacarías; Colmar, 25 de Julio de 1817; Dal., 12, 727.

Hay autores que sostienen lo contrario. Véase Valette y Demangeat, *Condicion de los extranjeros en Francia.*

(6) Demolombe, 1, 245; Tribunal de París, 21 de Marzo de 1861; Dal., 1861, 2, 73.

(1) Ley de 19 de Enero y 15 de Marzo de 1870, art. 78.

En 1870 se han promulgado dos decretos que se fundan en principios enteramente contrarios. Uno con fecha 16 de Setiembre, por el que el Gobierno de la defensa nacional ordenó como medida general la expulsion de todos los alemanes residentes en Francia, concediéndoles un plàzo de tres dias para salir del territorio francés, disposicion inspirada por el interés político y que no tiene precedentes en la legislacion francesa, á no ser la ley del 3 de Diciembre de 1849, que permitió al ministro del Interior y á los prefectos de los departamentos expulsar á los extranjeros que habitasen en territorio francés. El otro decreto es de 24 de Octubre del mismo año; inspirado en los principios más liberales, ha declarado ciudadanos franceses á los israelitas indígenas de los departamentos de la Argelia, derogando todas las leyes y decretos contrarios.

*Condicion de los extranjeros en Inglaterra* (§ 16).

La condicion de los extranjeros en la Gran Bretaña ha mejorado notablemente por la ley de 1870, S. T. 33 y 34, Vict., c. 14 *(naturalisation act)*. Esta ley ha concedido á los extranjeros la capacidad de adquirir propiedades inmuebles en el Reino Unido, y sólo les ha negado la facultad de ser propietarios de buques ingleses; en cuanto á las colonias, ha dejado á los legisladores locales el cuidado de arreglar los derechos de los extranjeros para adquirir *lati-fondi*. Los extranjeros que adquieren propiedades territoriales en la Gran Brétaña no adquieren el derecho de votar ni en las elecciones políticas ni en las administrativas, y no pueden desempeñar un cargo público. Si están domiciliados en Inglaterra desde hace 10 años, se les permite ser jurados, y si han de ser juzgados en materia criminal no pueden ya adquirir el *jury de medietate linguœ* (8).

---

(1) Por un uso admitido bajo el reinado de Eduardo III. y conservado despues durante cinco siglos en todos los procesos civiles. comerciales y penales sometidos al jurado, gozaban los extranjeros del privilegio de que éste se compusiera por mitad de compatriotas y de ingleses El Estatuto seis, cap. 50 de Jorge IV, ha abolido este privilegio en los asuntos civiles y comerciales, y el jury de ***Medietate linguœ***, sólo se ha conservado para los asuntos criminales, que tambien ha quedado abolido en 1870.

Los modos de adquirir la nacionalidad inglesa ó de recobrarla una vez perdida y los derechos que se desprenden de la naturalizacion, son regidos por principios más liberales, como decimos más adelante.

*Opinion de Boullenois, de Gail, de Burgundus, de Story, de Pardessus, de Zacarías, de Aubry y Rau, de Wheaton, de Calvo y de Heffter, sobre la ley que debe regir el estado y la capacidad jurídica del extranjero* (§ 41).

Continúan siempre en el error los que, queriendo sostener que el estado y la capacidad jurídica del extranjero deben ser regidos por la ley de su domicilio, afirman que tal es la opinion comun de los autores de la Edad Media y de la mayor parte de los modernos. Nosotros aseguramos, por el contrario, que muchos de los autores antiguos que admiten la preferencia de la ley del domicilio para arreglar el estado, entienden la ley del domicilio de origen por la ley de la patria.

A los ya citados, y que son invocados por nuestros adversarios como autoridades en su favor, podemos agregar otros muchos.

Boullenois se expresa de este modo:

«¿Qué costumbre debe determinar la mayoría ó la minoría de edad? Acerca de esta cuestion no puede haber conflicto sino entre la costumbre del domicilio actual y la del lugar del nacimiento. En mis disertaciones mixtas he mostrado que *el domicilio de origen de los padres, en la fecha del nacimiento, es el que debe preponderar*, porque la ley adquiria sobre un hijo que nacia de padres domiciliados en su territorio, un derecho de vigilancia, y que este derecho de proteccion la coloca en estado de seguir al niño á donde quiera que vaya..... El lugar del nacimiento imprime, en verdad, en el sujeto una nota indeleble (1).»

Gail admite á su vez la ley del domicilio de origen:

«Domicilium naturale vel originis de jure communi in»mutabile est, adeo ut renunciatio civis et translatio domicili »nihil operentur, eo quod jura naturalias int inmutabilia: quo

(1) *Tratado de la personalidad de las leyes*, tít. I, cap. 2, observacion cuarta, p. 53.

»cumque se transfert civis originarius, nihilominus jus ori-
»ginis retinet (1).»

Burgundus dice:

«Conditio personæ a causa domicilii tota regitur. Nam, ut »consentiunt doctores, idem sunt forum sortiri et statutis »subjici, et unus quisque talis esse presumitur cualis est dis- »positio statutis suæ patriæ. Proinde ut sciamus uxor in po- »testate sit mariti necne, qua etate minor contrahere possit, et »ejus modi respicere oportet ad legem cujusque domicilii (2).»

Story, despues de haber expuesto las diversas opiniones de los autores que piensan que la ley del domicilio de orígen debe prevalecer, reproduce la opinion de Henry (3):

«La razon de los civilistas que, para fijar la época de la mayoría de edad, ereen que debe prevalecer siempre la ley del domicilio de orígen sobre la del domicilio actual, y que debe ser inalterable no obstante los cambios sucesivos del domicilio, es que cada Estado ó nacion debe ser considerada como la más competente para juzgar con arreglo á las circunstancias físicas del clima y otras análogas, cuando las facultades de sus nacionales son civil y moralmente perfectas (4).»

Entre los autores modernos, la opinion que nosotros aceptamos, que es la consagrada por nuestra legislacion, está más en boga, y hemos visto con sorpresa que algunos afirman (5) que todos los autores franceses, excepto Merlin, adoptan una opinion contraria á la que nosotros sustentamos, siendo así que la *communis opinio de los autores modernos*, sobre todo de los franceses, está enteramente conforme con ella.

Pardessus se expresa en estos términos (6):

«Una persona declarada incapaz por la ley del país á que pertenece no puede ser relevada de esta incapacidad por la aplicacion de una ley francesa, y sólo es capaz en los límites de su ley *nacional* para los actos que ésta le permita, áun llenando las condiciones prescritas por dicha ley.»

---

(1) Gay, *Pract. obser.*, l. 2. c. 36.
(2) Burgundus, *tract.* 2, 6.
(3) *Onforeing. Law.*, p. 5 y 6.
(4) Story, *Conflict. of Law.*, § 72.
(5) Bianchi, *Estudios sobre el Derecho internacional privado*, p. 38.
(6) *Derecho comercial*, t. IV, n. 1.482, p. 235, 6.ª edicion.

Zacarías dice:

«El juez francés llamado á estatuir sobre la validez de un acto realizado en el extranjero y atacado por este último por causa de incapacidad, debe, en general, tomar por guia de su decision la léy nacional de este extranjero. Así, pues, un acto realizado por un extranjero, capaz, segun la ley de su país, debe ser mantenido por el juez francés, por más que, segun la ley francesa, careciese este extranjero de la capacidad necesaria. Recíprocamente, los actos verificados por un extranjero incapaz, segun la ley nacional, deben ser anulados, por más que, segun la ley francesa, goce de la capacidad necesaria (1).»

Aubry y Rau:

«El extranjero que fija su domicilio en Francia en virtud de una autorizacion del Gobierno, no es por esto ménos extranjero. Si se le coloca en la misma línea que al francés en cuanto al goce de los derechos civiles, resulta de aquí, por más que sea, como este último, admitido á ejercer estos derechos en la medida de su capacidad personal, pero de ningun modo que esta capacidad deba, como la del francés, ser apreciada con arreglo á la ley francesa (2).»

Wheaton:

«En general, las leyes del Estado concernientes á la condicion civil y á la capacidad personal de los ciudadanos, les son aplicables, áun cuando residan en país extranjero. Las leyes del Estado concernientes á todas las cualidades personales universales de éstos ciudadanos les siguen por todas partes, sea cualquiera el país donde residan (3).

Calvo:

«El derecho de la legislacion de las naciones comprende todo lo que se refiere al estado y capacidad de sus súbditos en cuanto á la extension y al ejercicio de sus derechos civi-

---

(1) *Curso de Derecho civil francés*, por Aubry y Rau, § 31, n. 2, p. 92.

(2) Aubry y Rau, *Com.* á Zacarías, 4.ª edicion, § 31, n. 24, p. 191. y citan en su apoyo á Delvincourt, t. I, p. 194; Duranton, I, 141; Demolombe, 1.265; Freminville, *De la menor edad*, 1, p. 111; Soloman, *Ensayo sobre la condicion jurídica*, etc., p. 31.

(3) Wheaton, t. I, c. 2, § 6, p. 111.

les; puede, pues, decirse con fundamento que la ley personal de cada individuo es la del país á que pertenece, la cual es conocida generalmente bajo el nombre de estatuto personal. El carácter distintivo de las leyes que forman el estatuto personal consiste en que acompañan á la persona por donde quiera que va, y en *que sólo se aplican á los nacionales* (1).»

Heffter, en la última edicion de su obra, dice:

«El súbdito de un Estado continúa durante su permanencia en el extranjero, sometido á la jurisdiccion y á las *leyes de su patria.*

En muchos países de Alemania, los extranjeros que allí poseen inmuebles son considerados, bajo esta relacion (*iure landsassiatus*), como súbditos y sometidos, áun para sus asuntos personales, á las leyes y á los tribunales del país, mientras que su familia y sus bienes continúan regidos por las leyes del domicilio de orígen (2).»

*Jurisprudencia relativa á la ley que debe regir el Estado y la capacidad jurídica del extranjero* (§ 45—50).

Numerosas decisiones de los tribunales confirman la doctrina expuesta por nosotros en el texto.

Notaremos, ante todo, que, en los países en donde prevalece la máxima de que las cuestiones de Estado deberán decidirse con arreglo á la ley del domicilio de la persona no se considera como suficiente el simple domicilio para someter al individuo á la ley. El tribunal de tercera instancia de Milan ha decidido, en efecto, que «para que el domicilio sirva para establecer como jurisprudencia que un extranjero perteneciente al Estado, debe ir acompañado de la intencion de permanecer perpétuamente, es decir, de vivir y morir en el lugar donde se ha fijado. Este domicilio, y no uno cualquiera, es el que sirve para establecer conforme al § 44 del Código vigente en Lombardía, si la capacidad personal del extranjero debe ser regida por las leyes vigentes en el lugar del domicilio, y no por las del lugar del nacimiento.» Un

(1) Calvo, *Derecho internacional*, t. I, § 242, p. 361.
(2) Heffter *Derecho internacional*, § 59 y 61, Edic. de 1873.

ciudadano sardo, que vivia hacia muchos años en Lombardía, fué considerado como absolutamente sometido al estatuto personal de su domicilio de orígen (1).

Mucho más explícitas son las decisiones de los tribunales franceses.

El tribunal de Chambery, ha decidido:

«Las leyes que rigen el estado y la capacidad de los extranjeros les siguen en Francia cuando establecen aquí su domicilio (2);» y el tribunal de Paris, apropósito de una demanda de pension de alimentos, intentada por un extranjero naturalizado contra otro que no lo estaba, ha decidido que la cuestion de estado que habia surgido incidentalmente «debia apreciarse con sujecion á las reglas del estatuto extranjero comun á ambas partes, y bajo cuyo imperio habia nacido la obligacion de alimentos (3).»

El Tribunal de París y el de Casacion han decidido: «que el extranjero menor segun las leyes de su país, pero que no ha llegado á la edad fijada por la ley francesa para la mayor edad, no puede contratar en Francia como mayor (4).»

El mismo Tribunal de Casacion ha hecho una aplicacion de este mismo género á los israelitas indígenas de la Argelia que, con arreglo al Senado-consulto de 14 de Julio de 1865, no han reclamado la cualidad de ciudadanos franceses, y ha declarado que debian ser considerados como sometidos á la ley francesa en cuanto á los estatutos reales, y á la ley mosáica para los estatutos personales (5).

En algunas decisiones de los tribunales de Bélgica se encuentra tambien admitido el principio que la ley personal del extranjero es la de su domicilio de orígen. En este sentido se ha pronunciado, en efecto, el tribunal de Bruselas: «La cualidad de padre y de administrador legal, lo mismo que la

---

(1) Tribunal Supremo de tercera instancia de Milan de 15 de Febrero de 1863 (Negroni-Morosini), Moniteur, 1865, 207.

(2) Chambery, 15 de Junio de 1859; *Journ. du Pal*, 70, 895.

(3) París, 2 de Agosto de 1866, *Journ. du Pal*, 1866, 1245.

(4) París, 2 de Febrero de 1858, Tribunal de Casacion, 16 de Enero de 1861; *Journ. du Pal*, 1862, 427.

(5) Trib. de Cas. Fran., 27 de Marzo de 1872 (Trat. y consortes); Dalloz, 1872, 1313.

de tutor, nace del estatuto personal y sigue á la persona de aquel que de ella está investido, y se rige por la ley del domicilio de orígen, y no por la del lugar de la residencia (1).

El Senado de Varsovia, que es el Tribunal Supremo de Justicia, ha decidido, contra la opinion del tribunal y de la Audiencia de esta ciudad, que la ley personal del extranjero debe regir su estado y su capacidad jurídica, por más que esté en oposicion con el estatuto real, y por consiguiente, «que siendo un estatuto personal la facultad de adquirir cierta clase de obligaciones, debe ser regida con areglo á las leyes del país á que el contratante está sujeto (2).»

Por último, la excepcion á la máxima ha sido así formulada por el Tribunal de Casacion francés: «El derecho que corresponde á los tribunales franceses de aplicar, entre las partes que pueden invocarlas, las leyes de un país extranjero, se detiene cuando estas leyes establecen un principio de órden público dictado por la ley francesa (3).»

Otra excepcion admitida por el tribunal de Milan es la de si, por una disposicion formal, establece expresamente la ley del lugar, que la capacidad del extranjero debe medirse con arreglo á las prescripciones de la ley local. Así, pues, el artículo 84 de la ley de cambio austriaca, válido en Milan antes de la unificacion de Italia, disponia que el extranjero, por más que sea incapaz segun su ley personal, podrá contraer válidamente una obligacion de cambio si es capaz con arreglo á esta ley (4).

### *Proyecto de un Código internacional* (§ 51).

En los proyectos de Código internacional redactados para establecer un derecho comun entre los diversos pueblos, la regla que en ello se propone respecto del Estado y la capaci-

---

(1) Bruselas, 29 de Iulio de 1865. (Lindoros). Pascrisis belga, 1866, página 57.

(2) Senado de Varsovia, 1873; *Diario de Derecho internacional privado*, por M. Clunet, 1874. n. 1. p. 48.

(3) Cas. fran., 25 de Mayo de 1868. (*Journ. du Pal.* 68, 939).

(4) Milan, 22 de Agosto de 1866. (*Manazini*). Cav. 6, 2, 269.

dad jurídica del extranjero está conforme con la que nosotros sustentamos.

En el proyecto de Petrushevecz, art. 77, se lee:

«La ley civil del Estado de que es súbdito el individuo es la que rige todo lo que concierne á la capacidad de su persona (1).»

En el proyecto presentado más tarde por la comision de la *Asociacion nacional para el progreso de las ciencias sociales*, y que ha sido reproducida por el *Moniteur des Tribunaux*, se lee:

«Art. 2.° El estado y la condicion que posee un extranjero segun las leyes de su propia nacion, son reconocidos como un hecho por todas las demás naciones, áun en la parte que se halla en contradiccion con sus leyes positivas; pero los privilegios anejos á cualquier Estado son considerados como territoriales, y no se reconocerán por las demás naciones.

Art. 3.° El período de la infancia, en cuanto influye en la capacidad de un extranjero para contratar, se juzgará en todas partes con arreglo á la ley nacional del indivíduo (2).

A este artículo se puso la nota siguiente:

«Esta regla ha sido muy discutida, pero es necesario guiarse por el principio indiscutible de que cada nacion es el mejor juez de la capacidad ó incapacidad de sus súbditos por razon de la edad, dependiendo esto del clima y de la sociedad en que viven (3).»

*Discusion del proyecto de nuestro Código civil* (§ 51).

Notaremos además que, cuando se discutió el proyecto de nuestro Código civil, hubo importantes debates sobre la ley que deberia regir el estado y la capacidad jurídica del extranjero.

Tan sólo uno de los comisionados, Mr. de Foresta, ha propuesto sustituir la ley de la nacion á la del domicilio, pero con el único fin de evitar las dudas sobre la aplicacion de la

(1) Petrushevecz, bosquejo de un Código de *Derecho internacional*.
(2) *Gaceta de los Tribunales*, t. VIII, 1867, n. 49, p. 1.119.
(3) Véase la nota del proyecto (l. c.)

ley, en el caso en que el Estado se hubiese dividido en partes regidas por leyes diversas. Era, pues, evidente que se referia á la ley del domicilio de orígen. El eminente jurisconsulto Bartolini ha añadido que, si hubieran de valer semejantes consideraciones hubiera sido preferible sustituir la palabra *país*, porque, decia, pudiendo suceder que un indivíduo esté domiciliado fuera de su país, es evidente que, en este caso, no deberia atenderse á la ley del domicilio, sino á la del país á que perteneciese el extranjero.

Despues de las doctas observaciones del ilustre Mancini, que terminó diciendo que convenia evitar la duda que naceria del empleo de la palabra *país*, se sustituyó ésta por la de *nacion* (1).

No nos detendremos aquí á citar todos los comentadores de nuestro Código civil, entre los cuales no hallamos ninguno que haya criticado la máxima consagrada por nuestro legislador.

Lo que hemos dicho nos parece suficiente para demostrar con cuán poca razon se combate la doctrina por nosotros aceptada, afirmando que la opinion comun de los autores de la Edad Media y la mayor parte de los modernos le es contraria.

*Diversos sistemas para determinar la ciudadanía* (§ 52).

Una injustificable diversidad persiste entre las leyes modernas, en cuanto al modo de determinar la ciudadanía; esta diversidad perjudica mucho por los conflictos que presenta en la práctica. Algunas de estas leyes, conservando siempre el principio feudal, atribuyen la ciudadanía por el simple hecho de haber nacido en el territorio; otros la fundan en los lazos de la sangre y del orígen paterno. Bluntschli dice con razon que, determinando la ciudadanía del hijo con arreglo á las relaciones reales con el lugar de su nacimiento, más bien que á las relaciones personales con su padre y madre, se rebaja al hombre al nivel de los animales domésticos, que son considerados como un accesorio del suelo.

---

(1) *Proceso verbal*, n. 52, 27 de Mayo de 1865.

Nosotros creemos, como dicho escritor, que la diversidad de leyes sobre la adquisicion y la pérdida de la ciudadanía hace incierto el estado jurídico de las personas y de las familias, y convendria imitar el ejemplo de los Estados-Unidos de América y de los Estados de Alemania, que, en los tratados recientes, han adoptado un derecho comun para determinar la ciudadanía (1).

*A. Ley inglesa de* 1870.

*A.* Esta ley no ha abolido completamente el principio feudal de atribuir la ciudadanía *jure soli.* Considera como ciudadanos ingleses á todos aquellos que han nacido en el territorio británico, y sólo les concede, cuando han llegado á la mayor edad, el derecho de optar por la ciudadanía de la patria del padre, haciendo la correspondiente declaracion. Esta disposicion es tanto ménos justificable, cuanto que la misma ley inglesa considera como ciudadano inglés al hijo nacido de padre inglés en país extranjero hasta que haga una declaracion en contrario.

En cuanto á la mujer casada y á los hijos menores, la nueva ley dispone que la mujer sigue la condicion del marido y se convierte en ciudadana del Estado á que éste pertenezca. Los hijos menores son considerados como ciudadanos de la nueva patria del padre ó de la viuda, si durante la menor edad han establecido su residencia en el país en donde el padre ó la viuda han adquirido la ciudadanía (2).

*B. Principios que han prevalecido en América.*

*B.* En la mayor parte de las repúblicas de la América del Norte prevalece el principio que la ciudadanía del hijo se determina por el lugar del nacimiento, sin preocuparse de la patria de los padres.

(1) Véase la *Revista de Derecho internacional*, 1870, p. 177.
(2) Boletin de la *Sociedad de legislacion comparada*, 1871 á 72.

*C. Ley para la república Argentina.*

*C.* Segun la ley de 1.° de Octubre de 1869, art. 1.°, todos los indivíduos nacidos ó que nazcan en el territorio de la república, á excepcion de los hijos de los agentes diplomáticos extranjeros, son argentinos, sea cualquiera la nacionalidad del padre. Para los argentinos nacidos en país extranjero se ha acordado, por el contrario, optar por la ciudadanía de orígen.

*D. Ley de Venezuela.*

*D.* En Venezuela se consideran como ciudadanos á todos los nacidos en el territorio. La ley de 13 de Mayo de 1873 dispone que los indivíduos nacidos en Venezuela, y que oculten su ciudadanía pasando por extranjeros, ó que intenten hacerlo por medio de documentos procedentes de la patria de sus padres, serán considerados como falsarios y perjuros y castigados como tales.

*Jurisprudencia francesa sobre la adquisicion de la ciudadanía* (§ 54).

Los recuerdos de la antigua legislacion, que atribuia la ciudadanía á todo el que nacia en territorio, están siempre vivos en Francia. El Tribunal de Casacion ha decidido que el hijo nacido en Francia de un extranjero, antes de la publicacion del Código civil, estaba investido de pleno derecho de la cualidad de francés (1). En su consecuencia, el hijo de un indivíduo que, habiendo nacido en Francia de padre extranjero antes del Código civil, era francés de nacimiento, es á la vez francés como si hubiera nacido de padres franceses, y no puede renunciar á su nacionalidad francesa, como si hubiese nacido de un extranjero (2).

---

(1) Casacion, 5 de Mayo de 1862 (Lebeau), *Journ. du Pal.* 1863, 312. Id. id. (Henault), id.

(2) Véase la misma sentencia.

El Tribunal de casacion, en el asunto de M. Sioen, nacido en Francia de un padre belga, ha decretado que este individuo podia reclamar su cualidad de francés, haciendo su declaracion en el año que siguiera al de su mayor edad (1). Es necesario notar que el hijo nacido en Francia de un extranjero, haciendo la declaracion prescrita en el art. 9 del Código civil, es considerado como francés desde el dia mismo de su nacimiento (2). El Tribunal de Lille, en el asunto de M. Boncel, nacido en Haubourdin de un padre prusiano que habia nacido en Lille, ha decidido que era francés; que solamente en el año que siguió á su mayoría de edad, tal como se fija por la ley francesa, tenia derecho á reclamar la cualidad de extranjero por una declaracion hecha ante la autoridad municipal del lugar de su residencia (3).

*Del cambio de ciudadanía del padre durante la menor edad de su hijo* (§ 55).

En cuanto á los efectos que puede tener la pérdida de la ciudadanía del padre sobre la de su hijo menor, art. 8 de la ley del 19 de Enero de 1869, para Turquía, dice así:

«El hijo menor de un súbdito otomano naturalizado en el extranjero, ó que ha perdido su nacionalidad, no sigue la condicion de su padre, sino que continúa siendo súbdito otomano. El hijo menor de un extranjero que se ha naturalizado en Turquía, no sigue la condicion de su padre y continúa siendo extranjero (4).»

Esta regla, que nos parece más razonable, porque respeta la individualidad del hijo menor, la hallamos aceptada tambien en América, si bien aquí hay más facilidad de adquirir la ciudadanía para aumentar la poblacion. La ley del 1.° de

(1) Cas. 27 de Enero de 1869 (Sioen), *Jour. du Pal*, 1869, 295.

(2) Cas. 19 de Julio de 1848, *Pasicr*; 1848, 1. 529. V. Tabgen, *Dr.* véase *extranjero*, núm. 21.

(3) Tribunal de Lille, 18 de Mayo de 1872 (Boncel), *Jour. du Pal.* 1872, 491.

(4) *Revista de Derecho internacional*, 1870, p. 319. Tribunal de Chambery, 29 de Abril de 1873. *Jour. du Pal.* 73, 462.

Octubre de 1869, para la república argentina, dispone que: «El hijo de un naturalizado, menor todavía en el momento de la naturalizacion de su padre, puede adquirir la ciudadanía argentina, entrando en las filas de la guardia nacional en la época marcada por la ley.

*De la ciudadanía de las personas morales.*

Del mismo modo que los indivíduos son ciudadanos ó extranjeros, así las personas jurídicas, tales como las corporaciones morales, los institutos, las universidades de todas clases, son ó nacionales ó extranjeros. Pero, ¿cuáles son los elementos que deben servir para determinar el carácter nacional de un instituto? Segun ha decidido acertadamente el Tribunal de apelacion de Roma, en el importante asunto del monasterio de señoras francesas, no puede calificarse extranjero un establecimiento por la simple consideracion de que todos los miembros que lo componen sean extranjeros. No pueden confundirse, en efecto, las calificaciones jurídicas de los indivíduos *uti singuli* con las calificaciones jurídicas del cuerpo moral *uti universitas*, y la personalidad jurídica de los unos no se confunde en manera alguna con la del otro. Toda persona jurídica adquiere existencia legal por medio de un acta de fundacion aprobada por la autoridad suprema, y este acta es la que debe tenerse presente para decidir si la persona jurídica es nacional ó extranjera. Si la autoridad suprema de la nacion es la que ha dado personalidad jurídica á un establecimiento, debe ser este considerado como nacional; mas, si, por el contrario, ha sido fundado por la autoridad suprema extranjera, y si ejerce tambien en el Estado los derechos que se derivan de la personalidad jurídica, que le es atribuida por la autoridad extranjera, será considerado como extranjero (1). Una vez determinada la nacionalidad de una persona jurídica, todas las cuestiones que se refieren á la capacidad de derecho y á la capacidad de obrar, las relativas, por ejemplo, á las condiciones de su existencia legal y al

---

(1) Tribunal de apelacion de Roma, 7 de Febrero de 1872, *Gazzeta de procur.*, 1872, p. 103.

modo, segun el cual las personas que están legalmente constituidas pueden obligarse, se resuelven aplicando la ley nacional, lo mismo que para las personas físicas, por decirlo así (1).

*Influencia del domicilio en la adquisicion de la ciudadanía* (§ 55).

Segun nuestra ley, por mucho que se prolongue el domicilio, no puede traer consigo la adquisicion de la ciudadanía. El domicilio decenal de un padre extranjero hace adquirir la ciudadanía al hijo nacido en el Estado. Por lo demás, conviene tener en cuenta, si el extranjero ha fijado en nuestro país el domicilio decenal, con ó sin intencion de permanencia perpétua, cuya presuncion se excluiria si el padre habia calificado en documentos públicos su propia residencia de simple vecindad, y ha tenido constantemente su casa en el extranjero (2).

En Francia, en donde es necesaria la autorizacion del Gobierno para establecer el domicilio, si se quiere gozar de los derechos civiles, por prolongada que sea la residencia, no basta para considerar al extranjero como legalmente domiciliado (3).

Aunque el domicilio y la ciudadanía sean dos relaciones esencialmente diversas, y aunque trasladando á otro lugar el centro de sus propios negocios, no se rompan las relaciones con la patria de orígen (4), puede observarse, por otra parte, que el núcleo de la asociacion política, cuya expresion moral es la soberanía, está formado por la poblacion residente, y que solo bajo la condicion de una permanencia estable, es posible la vida social y política. El que se aleja de su pa_

(1) Milon, *Principios de Derecho internacional privado*, p. 28.

(2) Tribunal de París, 20 de Mayo de 1863, Bettini. 15, 2, 381.

(3) Paris 14 de Julio de 1871, *Journ. du Pal.*, 1871, 505 y la nota que allí se halla. Casacion, 19 de Marzo de 1872. *Pal.*, 1872, 560. Havre, 22 de Agosto de 1872. Id. id., 1219.

(4) Ancona 16 de Setiembre de 1872 (Welli), *An. Jur*, 1872, 2, 446. Ancona 27 de Enero de 1862; Bettini, 14, 2, 106. Módena, 5 de Agosto de 1865.

tria con la intencion de volver á ella, no anula todas sus obligaciones como ciudadano, y aunque domiciliado en país extranjero, tiene derecho á la proteccion del Estado á que continúa perteneciendo (1). Pero el que se aleja de la patria con intencion manifiesta de no volver á ella, ¿lebe continuar indefinidamente bajo la proteccion de la soberanía de un Estado á que ha cesado de pertenecer realmente? Para evitar todo error, seria quizá lo mejor establecer que el domicilio prolongado durante un tiempo determinado (diez años, por ejemplo), no siendo por razones comerciales, con la intencion de no volver á su patria, y sin la declaracion expresa de querer reservar los derechos de la propia ciudadanía de orígen, deberá tener por efecto el sustituir la verdadera patria por la patria electiva, como proponia Westlake (2).

*Leyes y decretos franceses sobre la naturalizacion* (§ 61).

La ley del 29 de Julio de 1867 ha modificado bajo dos relaciones la ley de 1849. Ha anulado los arts. 1.° y 2.° de dicha ley, y ha dispuesto que el extranjero de 21 años puede obtener la naturalizacion cuando está autorizado para establecer su domicilio en Francia, y cuando reside en el país desde hace tres años, cuyo espacio de tiempo puede reducirse á un año en favor de los extranjeros que hubiesen prestado á Francia servicios importantes, ya introduciendo alguna industria, ya inventos útiles, ó que hubiesen fundado grandes establecimientos ó emprendido grandes explotaciones agrícolas.

La misma ley ha derogado, además, el art. 5 de la de 1849, que exigia la gran naturalizacion para la elegibilidad á la Asamblea nacional. El decreto de 12 de Febrero de 1870 ha autorizado al ministro de justicia á decretar las solicitudes de autorizacion sin prévio acuerdo del Consejo de Estado. Por último, los decretos de 26 de Octubre y del 19 de No-

---

(1) Véase la sentencia del Tribunal superior de tercera instancia de Milan, 15 de Febrero de 1865. (Negroni—Morosini), Monit, 1865, 207.

(2) *Revista de Derecho internacional*, 1869, p. 102. Véase el importante artículo de Bluntschli, *Revista de Derecho internacional*, 1870, página 107.

viembre, han dispensado de toda obligacion de residencia á los extranjeros que han prestado servicios á Francia en la última guerra contra Alemania, y que han pedido ser naturalizados.

*Ley de 1870, sobre la naturalizacion* (§ 62).

La nueva ley consagra, en cuanto á la facultad de espatriarse, principios más liberales que los que han prevalecido en las leyes anteriores. A la máxima: *nemo potest exuere patriam* que suprimia la libre facultad de espatriarse, se ha sustituido otra máxima, segun la cual, la naturalizacion en país extranjero debe depender únicamente de la libre voluntad del individuo. Desde el momento que el ciudadano inglés se ha hecho naturalizar en el extranjero y ha establecido allí su residencia, pierde para siempre la ciudadanía inglesa. La nacionalidad perdida puede recobrarse despues, ora haciendo un servicio á S. M. Británica, ora estableciéndose por cinco años en cualquier posesion inglesa. Para ser naturalizado en Inglaterra, es necesario haber servido á S. M. Británica ó haber establecido su residencia en el Reino-Unido por espacio de cinco años. El extranjero naturalizado es tratado exactamente bajo el mismo pié que el ciudadano de orígen, pudiendo llegar á ser miembro del Parlamento y del Consejo privado de la reina.

*Leyes de los diversos paises de Europa y de América.* (§ 65).

Las leyes que rigen actualmente la naturalizacion en Bélgica, en Rusia, en Suecia, en España, en Portugal, en Austria, en Prusia, en Baviera y en Turquía, han sido expuestas con sumo cuidado por Willian-Beach-Lawrence (1) y por Calvo (2).

Detalles más circunstanciados sobre la naturalizacion en las repúblicas y en los Estados-Unidos de América, pueden

---

(1) Comentario sobre *Wheaton*, t. III. p. 213 y sig.
(2) *Derecho internacional teórico-práctico*, t. I, p. 441 y sig.

verse en la misma obra de Calvo (1); en general, las leyes americanas facilitan en la naturalizacion para fomentar la poblacion, y sin distincion de raza, ni de orígen, conceden la ciudadanía á todos aquellos que manifiestan su voluntad de enriquecer el país con los frutos de su talento, de su experiencia ó de su trabajo. Algunos conceden á los naturalizados todas las ventajas de los naturales, aun la de ocupar los cargos y los empleos públicos, exceptuando solo el cargo de presidente ó de vicepresidente de la república.

*De los protegidos otomanos y de la influencia del protectorado sobre la nacionalidad de estos protegidos.*

La condicion en que se hallan en Oriente los *protegidos*, es decir, las personas que gozan del protectorado de uno de los Estados ligados por una capitulacion con el gobierno otomano, es digna de especial mencion.

Hay entre ellos tres categorías:

*A*. Los ciudadanos otomanos que están al servicio de los cónsules y de las legaciones (Drogmanes, Guardias, etc.), (2);

*B*. Los extranjeros pertenecientes á un Estado que no tiene representantes ni capitulaciones en Oriente;

*C*. Miembros de las antiguas familias armenias, griegas, israelitas, etc., las cuales, establecidas de antiguo en Oriente, han obtenido el protectorado de una de las representaciones europeas.

Los protegidos están en una condicion excepcional de extra-territorialidad; hallánse en efecto exentos de la jurisdiccion local y sometidos á la consular. Semejante privilegio, fundado en el uso y no regido por convenios especiales (3), es perso-

---

(1) *Derecho internacional*, p. 444.

(2) La inmunidad de que gozan las personas que están al servicio efectivo de las legaciones y de los consulados, valen tambien fuera del territorio otomano, por más que solo sea por razon del servicio, pero no se extienden ó los que están al servicio particular del ministro ó del cónsul.

(3) No hay ninguna capitulacion que se haya ocupado de los protegidos; solo hay en todas las capitulaciones la prohibicion de prote-

nal y temporal para los protegidos de la primera categoría; se extiende á la familia y es trasmisible á los descendientes respecto de los protegidos de la segunda categoría (dura además hasta que el Estado de que son ciudadanos envia un representante cerca del gobierno otomano); es permanente y trasmisible para los protegidos de la tercera categoría, cuyo número sube cada vez más, á medida que se estinguen las familias.

No hay duda que los protegidos de la primera y segunda categoría no adquieren la ciudadanía del Estado que los protege, pero conservan su nacionalidad de origen. Podria dudarse, respecto á los de la tercera categoría, cuya nacionalidad originaria es desconocida; parece que deben ser considerados como ciudadanos otomanos, tanto más, cuanto que, por una parte, tolerando la Sublime Puerta que se los proteja, no cesa de considerarlos como súbditos; y por otra, sin querer los Estados europeos renunciar al derecho de protegerlos, no han aspirado nunca á considerarlos como súbditos propios.

### *Declaracion de ausencia de un extranjero* (§ 72).

El tribunal del país en donde se hallan los inmuebles de un extranjero que no tenia domicilio, no será competente para declarar la ausencia de este extranjero, pero podrá autorizar las medidas de prevision para la conservacion del patrimonio. Estas medidas son aplicables á todos, como medidas de policía, no como leyes sobre la ausencia que modifiquen el estado de la persona (1).

### *Ley que debe regir el matrimonio de los protegidos en Oriente y de los israelitas de Argelia.*

Es dudoso, si los que viven en Oriente bajo el protectora-

---

ger súbditos otomanos que no estén al servicio de los consulados ó legaciones. El reglamento de 1863 determina la condicion de los protegidos de la primera categoría.

(1) Douai, 2 de Agosto de 1854. *Pal.*, 1844, 675.

do de las potencias europeas, deben ser regidos, en cuanto á las cuestiones de estado por la ley de la nacion que protege su persona y sus bienes, y especialmente, si el matrimonio de los protegidos debe ser regido por la ley de su patria de orígen, ó por la del Estado del protectorado de que se sirven. El Tribunal de Casacion de Turin ha decidido, contra la sentencia del tribunal de Génova (4 de Julio de 1862), que la condicion excepcional en que los protegidos se encuentran no cambia la ley personal á que se hallan sometidos, y que, mientras no hayan perdido su propia nacionalidad, deben estar sometidos á la ley nacional para todas las cuestiones de estado, y ha decidido, en fin, que el matrimonio contraido en Egipto por un italiano, bajo el protectorado de Francia, debe ser regido por nuestras leyes y no por el Código de Napoleon (1).

El principio expuesto por nosotros en el texto, respecto de la ley por la que deben resolverse las cuestiones relativas al matrimonio de los extranjeros, ha sido aplicado por los tribunales franceses á los matrimonios entre los israelitas indígenas de Argelia, los cuales son considerados como regidos por la ley mosáica, que es la ley personal. Se ha establecido, además, que si se contrae el matrimonio con arreglo á las fórmulas prescritas por la ley francesa y ante un funcionario del estado civil francés, antes de presentarse delante del Rabino (2), no debe admitirse que las partes hayan querido renunciar á su estatuto personal para someterse á la ley francesa. Por último, que el matrimonio entre israelitas de Argel no trae consigo consecuencias civiles segun el Código de Napoleon, sino que es regida por la ley mosáica (3).

*Del matrimonio de una mujer divorciada* (§ 82 y 84).

El tribunal de París, contra la opinion del tribunal del

---

(1) Turin, 31 de Enero de 1865, Cas. de Turin, 29 de Noviembre de 1866. An. de jurisd., 1866, 1, 200. Véase tribunal de cas. fran., 18 de Abril de 1865. Dalloz. 1865, 348.

(2) Argel 19 de Marzo de 1866. Pal., 1867, 813.

(3) Argel, 26 de Julio de 1869 (Aboulker), Pal., 1869, 1120.

Sena, ha decidi 'o, que la mujer divorciada no puede invocar su estatuto personal para contraer matrimonio inmediatamente despues de obtenido el divorcio. Si su ley nacional no exige ningun plazo para contraer el segundo matrimonio, no podrá aplicarse para impedirlo la disposicion del art. 228 del Código civil francés, que por un motivo de órden público prohibe á la mujer contraer segundo matrimonio hasta despues de la disolucion del primero (1)

*Del matrimonio contraido á pesar de existir un impedimento* (§ 93 y 94).

Si el matrimonio se ha contraido en el extranjero entre dos nacionales ó entre un nacional y un extranjero, con todas las formalidades prescritas por la ley de este país, y si segun la ley nacional del marido no hay ninguna disposicion prohibitiva que limite, relativamente al matrimonio, la regla *locus regit actum*, semejante matrimonio será válidamente contraido. Sin embargo, si un impedimento personal y dirimente se opusiere á su celebracion en el reino, ó si no se hubiesen observado en éste las formalidades prescritas bajo la pena de nulidad, semejante matrimonio produciria los efectos civiles en el reino como matrimonio putativo á condicion de establecer la buena fé de los esposos ó del que invocase el goce de los efectos civiles.

El tribunal de apelacion y el de casacion de Nápoles, han decidido, además, que podria presumirse la buena fé en un extranjero que se hubiese unido á una mujer nacional en otro país, sin asegurarse del cumplimiento en el reino de todas las formalidades necesarias, y han concluido que, en semejante hipótesis, los hijos nacidos de esta union no podrian ser reputados legítimos. Han admitido que debian considerarse estos hijos como naturales, sin que la falta de reconocimiento pudiera ser un obstáculo para ello; y en efecto, hubiera sido inútil y absurdo exigir el reconocimiento, cuando la paternidad está demostrada por la existencia de un hijo nacido durante un matrimonio que, por más que no haya

(1) París, 13 de Febrero de 1872; Pal., 1873, 473.

producido efectos civiles, ni áun como matrimonio putativo, vale siempre como prueba natural y constante del nacimiento (1).

La jurisprudencia francesa ha decidido, por el contrario, que el principio segun el cual no se admite la ignorancia de la ley no debe extenderse á las disposiciones de una ley extranjera (2), y que la buena fé exigida por el Código de Napoleon, á fin de que el matrimonio declarado nulo produzca efectos civiles, puede resultar lo mismo de un error de derecho que de hecho (3). Se ha decidido, en fin, que el matrimonio contraido por un francés y una extranjera sobre la presentacion de un acto regular, constando el divorcio por mútuo consentimiento pronunciado en Francia debe ser considerado como contraido de buena fé, si ha sido publicado y contraido con arreglo á las formalidades exigidas, por más que el divorcio sea nulo porque la ley del país de los esposos extranjeros no admita el divorcio por mútuo consentimiento. El hijo nacido de semejante matrimonio ha sido considerado como legítimo, aún cuando haya sido concebido antes de su celebracion (4).

*De la ley que debe regir la forma de la celebracion* (§ 98-99).

La regla *locus regit actum* halla una justa restriccion en los estatutos prohibitivos, por ejemplo, en las leyes á cuya observancia están obligados los nacionales áun en país extraño (5); en todos los demás casos se aplica al matrimonio lo mismo que á los demás actos verificados en país extranjero. En efecto, en los Estados de la Pensylvania (América del Norte) no exigen las leyes para probar la existencia legal del matrimonio, ni el acto civil, ni el acto religioso, ni el acto auténtico, ni siquiera un documento privado, y basta para probarlo la notoriedad de la cohabitacion, siempre que sea públi-

---

(1) Cas. de Nap., 2 de Marzo de 1869, *Gaz. de procur.*, 1869, 16; Nápoles, 7 de Febrero de 1870; l. 5. 1870, 8 *An. de jur.*, 1870, 2, 283.
(2) Chambery, 15 de Junio de 1869, *Pal.* 1870, 895.
(3) Aix, 11 de Marzo de 1859, *Pal.* 1858, 1082.
(4) Chambery, l. c.
(5) Nápoles, 7 de Febrero de 1870, *Gaz. proc.*, 1870, 8.

ca la intencion de haberse unido como marido y mujer legítimos; tambien se ha decidido en Francia que esta notoriedad deba ser considerada bastante á probar el matrimonio, y por consiguiente, la legitimidad de los hijos nacidos de esta union, y que la sentencia que, apreciando los actos, los hechos y las circuntancias, ha decidido que dos personas que han sido consideradas en Pensylvania como marido y mujer legítimos y que la legitimidad de los hijos se halla tambien probada con arreglo á las leyes de aquel país, no está sujeta á casacion (1). La regla *locus regit actum* es tambien aplicable á los matrimonios celebrados en Constantinopla por extranjeros y especialmente por italianos allí residentes. No parece, pues, que el tribunal de Nápoles (2) haya juzgado bien al decidir que «por las capitulaciones establecidas entre las diversas potencias y el imperio otomano, los súbditos extranjeros en Constantinopla siguen, para los actos que han de hacer y por consiguiente para el matrimonio, la forma establecida por las leyes del país á cuya nacionalidad pertenecen aquellos.

El Tribunal de Casacion de Turin ha juzgado con más acierto al decidir que, ni las capitulaciones existentes entre el reino de Italia y el imperio otomano, ni la ficcion de exterritorialidad que de ella se deriva, garantiza en favor de los italianos residentes en Turquía, ni las disposiciones de nuestra ley consular limitan para los matrimonios contraidos en Turquía, la aplicacion de la regla comun (3). Tal es tambien el principio consagrado por la jurisprudencia francesa (4).

El principio *locus regit actum* no seria invocado con razon para que se considerase válido en Italia el matrimonio contraido en el palacio del embajador ó de un ministro extranjero con las formas prescritas por la ley del Estado que representa (5).

---

(1) Cas. fran. 15 de Enero de 1875, *Pal.*, 1857, 398; París 20 de Enero de 1873; *Pal.*, 1873, 721.

(2) Sentencia ya citada de 7 de Febrero.

(3) Cas, de Turin, 29 de Julio de 1870, *Monit. de los Trib.* 1870, 479.

(4) Aix, 20 de Marzo de 1862; Dall., 1863, 2, 48; Aix, 17, de Junio de 1862, y Trib. de Cas. 18 de Abril de 1865; Dall. 1865, 348.

(5) Véese Tribunal de París, 6 de Abril de 1869; *Pal.* 1870. 715.

*De la necesidad de las publicaciones y de la trascripcion* (§ 101-104).

En cuanto á la necesidad de las publicaciones, en Francia prevalece el principio de que el matrimonio contraido en país extranjero sin las publicaciones en Francia, puede ser anulado si aparece que estas formalidades se han omitido en fraude de la ley para impedir la publicidad del matrimonio (1). Segun lo decidido por el tribunal de Orleans, si el matrimonio se ha contraido en el extranjero, y las publicaciones en Francia se han omitido, puede pedirse que se celebre de nuevo, sin que se delibere préviamente sobre la validez de tal matrimonio (2).

Respecto de la transcripcion del matrimonio contraido por un françés en el extranjero, se ha decidido que esta transcripcion puede hacerse dentro de los tres meses despues del regreso á Francia, y aun despues de la muerte del marido (3).

*Condicion jurídica de la mujer casada en Inglaterra despues de la ley de* 1876 (§ 106).

El derecho comun de Inglaterra respecto del que tiene el marido sobre los bienes de la mujer, ha sido modificado y y mejorado en favor de esta última, por la ley de 1870.

Antes, el Tribunal de la Cancillería habia concedido á las mujeres casadas confiar sus bienes muebles é inmuebles á *trustees* (depositarios), que tenian la obligacion de administrarlos separadamente en provecho de la mujer. Esta última tenia la libre disposicion de estos bienes, como si no estuviese casada, y bajo la proteccion del tribunal, podia percibir la renta, podia enagenarlos, tomar y gastar el precio, y obligarse dando en garantía los referidos bienes. Para impedir que las mujeres disipasen su fortuna, se dispuso despues por dis-

---

(1) Lion 21 de Junio de 1871; *Pal.* 2872, 900; Trib. del Sena, 2 de Julio de 1872; *Pal.*, 1872, 953. Véase Nimes, 23 de Febrero de 1858; *Pal.*, 1859, 514; París 11 de Junio de 1858.

(2) Orleans, 26 de Agosto de 1871; Da l. 1872, 2, 61.

(3) Nimes, 13 de Febrero de 1858. *Pal.* 1859, 514.

posiciones sucesivas que los *trustees* deberían conservar l. bienes constitudos en fideicomisos con la obligacion de entregarlos bajo su responsabilidad personal á la mujer despues de la muerte del marido, ó á los hijos despues de la muerte de ambos esposos, sin tener la facultad de anticipar las rentas, las cuales deberian ser pagadas conforme fueran venciendo los plazos.

Segun este sistema, que es el más comun en Inglaterra la mujer casada podia solamente disponer de sus rentas y n. siempre de la totalidad, pudiendo limitarse además el derecho de exigir las rentas vencidas.

A falta de contratos matrimoniales, si la mujer, durante el matrimonio, ha recibido bienes muebles que, segun el derecho comun habian pasado á poder del marido, puede el tribunal, siempre que se trate de cosas sujetas á su jurisdiccion, obligar al marido á reservar una parte de dichos bienes para la mujer y para los hijos. De estos bienes solo el marido tiene el usufructo, que, á su muerte, pasa á la mujer, y la propiedad pasa á los hijos á la muerte de ambos cónyuges.

Diferentes tentativas se han hecho en Inglaterra para mejorar la condicion de la mujer casada y conferirla la capacidad de disfrutar de sus bienes y disponer de ellos al igual de las mujeres solteras. La ley de 1870, es el resultado producido por los diversos *bills* propuestos en este sentido. Esta ley sin embargo, no concede solo la facultad de disponer de determinada clase de bienes taxativamente designados, sino que ha mejorado sobre todo la condicion de las mujeres casadas de la clase obrera.

Entre los bienes que son considerados como propiedades de la mujer casada; y que puedan ser destinados por ella á su uso personal, se cuentan: los honorarios, los salarios y las ganancias adquiridas en el ejercicio de una profesion ó de un comercio, las retribuciones de empleos literarios, artísticos y científicos. Sobre estos bienes, no tiene el marido ningun derecho, y solamente los recibos de la mujer son los que pueden acreditar el pago.

Las mujeres casadas pueden conservar como su propiedad separada: los depósitos en la Caja de Ahorros; las sumas colocadas en fondos públicos; las acciones y obligaciones adquiridas en sociedades por acciones, *Joint stok companies*; las acciones de las sociedades industriales de prevision, de

socorros mútuos, de casas de obreros y de crédito popular; los polizas de seguros sobre su vida ó sobre la de sus maridos.

Tambien pertenecen en propiedad á la mujer las sumas que excedan á doscientas libras esterlinas, adquiridas por donacion ó legados durante el matrimonio, y las rentas de bienes inmuebles adquiridos por sucesion.

Sobre estos bienes, puede obligarse la mnjer casada como si no lo estuviese, y está sujeta al pago de las deudas contráidas antes de la celebracion del matrimonio (1).

*Jurisprudencia relativa á los deberes de los esposos* (§ 108-109).

El Tribunal civil de Evreux, al ordenar á una mujer extranjera que cohabitase con su marido, ha aplicado la ley francesa, por que ha considerado que la obligacion de la mujer de habitar con su marido, es un efecto del matrimonio, que fundado en la religion, la moral y el derecho internacional en uso entre todos los pueblos, es absoluta de órden público, y sigue á la mujer en todas partes; que por una consecuencia necesaria de estos principios, una obligacion de esta naturaleza debe obtener la sancion de los tribunales (2).

Para fallar sobre una demanda de pension alimenticia se ha aplicado tambien la ley francesa, apoyándose en que la obligacion de suministrar los alimentos se derivaba del derecho natural, y que su ejecucion interesaba al órden público (3).

*La mujer extranjera puede obligarse válidamente sin autorizacion si el marido reside en el extranjero* (§ 110.)

El Tribunal de Turin ha decidido que la mujer casada francesa, que quiera comparecer en juicio en Italia, necesita

---

(1) Westlake, *Revista de derecho internacional*, 1871, p. 195.

(2) 15 de Febrero de 1861, *Pal.* 1871, 131, nota. Véase Tribunal de Wast. 21 de Mayo de 1856, y en sentido contrario. Tribunal civil del Sena, 18 de Mayo de 1861. Id. de Argel, 6 de Junio de 1870. Dalloz, 1870, 2, 214.

(3) Paris 19 de Diciembre de 1833; *Sirey*, 1834, 2, 384. Lyon 25 de Febrero de 1857; *Pal.*, 1858, 1.145.

la autorizacion del marido; pero ha observado al mismo tiempo que no seria aquella necesaria si éste se encontraba ausente, y que puede considerarse tal, bajo esta relacion, al marido que reside en el extranjero, mientras que su mujer habita en Italia, en donde ha contraido obligaciones, por las cuales es demandada. La autorizacion podria concederse en este caso por el Tribunal en apelacion (1).

*Jurisprudencia sobre la separacion de tálamo* (§ 115.)

En cuanto á la separacion de cuerpo (de tálamo), se han considerado siempre los tribunales franceses como competentes para proveer á la seguridad personal y á los demás intereses urgentes de los esposos, asignándoles, por ejemplo, una habitacion separada (2), y señalando una pension alimenticia al que tenga derecho á ella (3). El presidente del Tribunal se considera tambien autorizado para conceder provisionalmente á la madre la residencia en una habitacion separada y la custodia de sus hijos (4). En cuanto al poder para pronunciar la separacion de tálamo, se han considerado los tribunales franceses autorizados para declararse incompetentes, y áun de oficio, si los esposos extranjeros no tenian en Francia domicilio legal (5). Han decidido, en fin, que debian hacerlo necesariamente si el defensor declinaba su competencia (6).

*De la separacion de bienes de los esposos extranjeros* (§ 116).

Los tribunales italianos se han considerado competentes, no sólo para pronunciar, con el consentimiento comun de ambos esposos extranjeros, su separacion de cuerpo, sino

---

(1) Turin 3 de Marzo de 1868, *An. de juris.*, 1868, 2, 792.

(2) Metz 26 de Julio de 1865; *Pasicr.*, 1866, 922. Dijon 28 de Diciembre de 1859; *Sirey*, 1860, 2, 270. Colmar 23 de Mayo de 1860; *Sirey*, 1860, 2, 483. París 1.° de Febrero de 1864; *Sirey*, 1865, 2, 96.

(3) Lyon 25 de Febrero de 1857. *Pal.*, 1858, 1.145.

(4) Angers., 20 de Febrero de 1861. *Pal.*, 1862, 33.

(5) Lyon, l. c.

(6) París 23 de Junio de 1859. *Pal.*, 1860, 86.

tambien para pronunciar la separacion de bienes, aunque las leyes de la nacion á que pertenecen no conceda á la mujer separada el derecho de la restitucion de la dote (1). Esta doctrina, combatida con tan sólidos argumentos por el ministerio público (2), es contraria á la expuesta en el texto y á la seguida con preferencia por los tribunales franceses. Estos últimos se han declarado en general incompetentes para pronunciar la separacion de bienes entre extranjeros (3). En un solo caso ha sido admitida la competencia como excepcion de la regla, y fué porque no tenian las partes domicilio conocido fuera del territorio francés. Decíase en estas circunstancias que si la incompetencia se hubiese declarado, hubiera sido imposible al demandante hacer valer judicialmente sus derechos (4). Añadíase que las partes habian fijado en el contrato de matrimonio su domicilio en Francia.

*Jurisprudencia sobre la filiacion y sobre la indagacion de la paternidad* (§ 135 *al* 141).

Los principios establecidos en el texto están conformes con los consagrados por la jurisprudencia francesa. Háse decidido, en efecto, que una cuestion de filiacion que surgió incidentalmente en un proceso elevado ante el Tribunal francés para obtener una pension alimenticia, debia ser juzgada con arreglo á la ley extranjera comun á ambas partes (5).

En cuanto á las acciones para pedir la anulacion de un matrimonio contraido sin el consentimiento de los padres, y á las causas por las cuales deben considerarse como extinguidas tales acciones, se ha dicho que debian aplicarse las disposiciones del Código de Napoleon, áun para los matrimonios contraidos por franceses en España (6).

---

(1) Mesina 4 de Mayo de 1869, *An. de juris.*, 1870, 2, 590.

(2) Vése allí en una nota la conclusion del ministerio público, que ha sostenido con gran lucimiento un principio contrario al consagrado por el Tribunal.

(3) Metz 6 de Julio de 1865. *Pasicr.*, 1866, 922. París 21 de Julio de 1868, 20 de Mayo de 1826; Dutruc., *Tratado de la separacion de bienes*, n. 108. Aubry y Rau, § 748, de Zacarías.

(4) Cas. 7 de Abril de 1870. *Pal.*, 1872, 974.

(5) Cas. franc., 25 de Marzo de 1868. *Pal.*, 1868, 939.

(6) Bastia 7 de Mayo de 1859. *Pal.*, 1860, 1061.

Contraria á la nuestra, es la doctrina del Tribunal de Milan, segun la cual, para determinar los derechos que nacen de la paternidad y de la filiacion, debe aplicarse la ley del lugar en donde el hijo ha sido procreado (1). Tambien es contraria la conclusion á que ha llegado el mismo Tribunal aplicando el principio á una indagacion de paternidad en el asunto Bellini contra el conde Vivaldi-Pompa. El Tribunal dice que la accion para probar la paternidad natural de un hijo nacido en Lombardía, bajo el dominio de la legislacion precedente, podia admitirse, aunque el padre perteneciese á las antiguas provincias cuya legislacion no admitia la indagacion de la paternidad natural (2). Paréceme, por el contrario, que para decidir si puede ó no probarse la paternidad conviene tener en cuenta la ley vigente en el lugar en donde se entabla el proceso y en donde reside el magistrado competente para conocer de la accion, con preferencia á la ley en vigor en el lugar en donde ha nacido el hijo. Tal es la doctrina que prevalece en Francia. Háse decidido, en efecto, que, como no puede ejercitarse ante el Tribunal francés una accion prohibida por la ley francesa, no puede hacerse allí una indagacion de la paternidad, por más que sea permitida con arreglo á la ley extranjera (3); que el derecho perteneciente á los tribunales franceses de aplicar, entre las partes que pueden invocarla, la ley del país extranjero, no tiene efecto cuando dichas leyes son contrarias á un principio de órden público promulgado por la ley francesa, y tal es el principio que prohibe la indagacion de la paternidad (4); que si el extranjero hubiese hecho fijar su estado de hijo natural por los tribunales de su país y con arreglo á sus leyes, y si hubiese pedido despues á la justicia francesa apreciar sólo las consecuencias de su estado judicialmente declarado, no seria contrario al órden público admitir tal demanda, aun cuando estuviese en Francia prohibido proceder en justicia para hacer declarar la paternidad (5). Por último, que si, segun la ley extranjera, podia valer como prueba de filiacion la posesion

(1) Milan, 1.º de Abril de 1869, *Monit. de los trib.*, 1869, 418.
(2) Sentencia citada.
(3) París 2 de Agosto de 1876, *Pal.*, 1866, 1945, y nota.
(4) Cas. fran. 25 de Mayo de 1868; *Pal.*, 1868, 939.
(5) Pau, 17 de Enero de 1872; *Pal.*, 1872, 937.

de estado del hijo natural, deberia ésta ser suficiente en Francia, si habia sido constante y no interrumpida; no sucederia lo mismo si los hechos alegados constituian solamente presunciones y, por consiguiente, elementos para una indagacion de paternidad (1).

En Italia, en donde no es permitida esta indagacion, y en donde se requiere el reconocimiento para los hijos nacidos fuera del matrimonio, ha decidido el Tribunal de Casacion de Nápoles que, si un matrimonio contraido en país extranjero es declarado nulo en el reino, por cualquier vicio intrínseco, los hijos nacidos de tal union gozarán de los derechos de hijos naturales, sin que sea necesario el reconocimiento. Aun cuando el matrimonio contraido en el extranjero no pudiese ser válido como matrimonio putativo, valdria siempre como prueba natural y constante del nacimiento del hijo, y seria inútil y absurdo exigir el reconocimiento (2).

En cuanto á la legitimacion por subsiguiente matrimonio, se ha decidido que el hijo natural nacido en Francia de un inglés que está allí domiciliado, y una francesa, es legitimado por el matrimonio contraido por ambos en Francia, si lo han reconocido en el acto de la celebracion, y lo mismo sucederia aun cuando este modo de legitimacion no estuviese admitido por la ley inglesa (3). Háse considerado, por último, como revocada de pleno derecho la donacion hecha á un tercero por su padre antes del nacimiento del hijo, y en una época en que el donante aún no era padre (4).

*Jurisprudencia sobre la adopcion en el extranjero* (§ 151).

La regla más comunmente aceptada en Francia, relativamente á la adopcion, es que el extranjero no puede adoptar á un francés ni ser adoptado por otro si no goza en Francia de los derechos civiles, ó si, entre esta nacion y aquella á que pertenece el extranjero, no existe un tratado que confiera á

(1) París 2 de Agosto de 1866, *Pal.*, 1866, 1245.

(2) Cas. de Nap. 2 de Marzo de 1869. *Gas. de Proc.*, 1869. 116.

(3) Cas. 25 de Noviembre de 1857; *Pal.*, 1858, 106; Bourges 26 de Mayo de 1858, *Pal.*, 1858, 1200.

(4) Decision citada.

este último la misma ventaja. No basta que el extranjero sea admitido por la ley á suceder en Francia (1).

El tribunal de Bruselas ha decidido asímismo que la capacidad de ser adoptado es un derecho civil de que no pueden gozar los extranjeros, aun cuando sean admitidos á fijar su domicilio en Bélgica (2).

*Del ejercicio de la patria potestad de parte de los extranjeros* (§ 156).

Ha surgido una gran discusion ante el tribunal y la audiencia de Florencia, sobre la ley que debe regir los derechos de patria potestad, en el famoso proceso entre S. A. el príncipe hereditario de Mónaco, el príncipe Alberto, duque de Valentinois y S. A. la princesa María Victoria Hamilton, su mujer. El presidente del tribunal de Florencia, conforme á las conclusiones del ministerio público, ha decidido acertadamente que la patria potestad está regida por la ley del país á que pertenece el que de ella está investido, y que la autoridad judicial del lugar en donde se realizan los hechos atentatorios á los derechos de la pátria potestad, es la que debe tomar las medidas necesarias para que las relaciones de familia alteradas y turbadas, sean inmediatamente restablecidas en su integridad. Ha concluido, por consiguiente, que la madre ilegalmenie separada del marido, podria ser obligada, por órden del presidente, á restituir el hijo al padre que lo reclamaba. El Tribunal de apelacion, por el contrario, ha decidido que esto no podia hacerse por órden del presidente, sino que era necesario oir á la madre, y que los mandatos de la autoridad extranjera, ordenando á la mujer volver á la casa conyugal y obligando á la madre ó á quien retenga al hijo á restituirlo al padre, no pueden tener fuerza legal probantoria en el Estado, sino han sido sometidos al juicio de homologacion (3).

---

(1) Cas. fran, 5 de Agosto de 1823; Sirey 1823, 1, 353; Cas. 7 de Junio de 1826. *Pasicr*, Merlin, V. adopcion, § 2.

(2) Bruselas, 17 de Marzo de 1866. Pasicr. velg. 1866, 137.

(3) Véase el *Monitor de los Tribunales* de 1872, p. 136, en donde se citan todos los documentos relativos á este célebre asunto. Sin en-

*¿Cuál es la ley que debe regir la patria potestad, si hay conflicto entre la ley personal del padre y la del hijo?* (§ 156).

La solucion de una cuestion tan delicada se ha presentado ante el tribunal de casacion francés, en la especie siguiente: Una señora francesa, que se habia hecho extranjera por haberse casado con un extranjero, residia en Francia á la muerte de su marido, y se dudaba si debia ejercer la patria potestad segun la ley francesa ó segun la ley personal de los hijos. El tribunal ha decidido que esta señora ha recobrado de pleno derecho la ciudadanía francesa á partir de la muerte del marido, y que estaba investida de pleno derecho de la tutela legal de sus hijos menores y de todas las atribuciones activas y pasivas de la patria potestad, segun el Código francés, no obstante que lós hijos menores hayan permanecido extranjeros como su padre, y que la ley extranjera, que era la ley personal, no admita, ni la tutela legal, ni el usufructo en favor de los padres y de las madres.

La razon que se ha dado es que, en lo concerniente á los derechos de soberanía, no puede hacerse que prevalezca en Francia una ley extranjera contraria á la ley francesa y en perjuicio de un francés (1).

No puede aceptarse por completo la doctrina del Tribunal de Casacion. Dejando aparte la cuestion de si una francesa, que se ha hecho extranjera por su matrimonio, puede ó no

---

trar en el fondo de la cuestion, observaremos que la medida preventiva del presidente del Tribunal, que es el llamado á intervenir en las diferencias entre padres é hijos (art. 221 del Código civil) debe ser considerada como definitiva, en este sentido que, salvo el recurso al primer presidente de la audiencia, no puede ponerse en cuestion directamente ante el Tribunal, en la forma contenciosa. Para conocer de los incidentes del régimen doméstico, ha constituido el legislador una autoridad económica entre el padre y el hijo, y esta autoridad es el presidente. No puede decirse lo mismo cuando se trata de conocer de una manera plena de una cuestion de estado ó de patria potestad. En cuyo caso serán aplicables los arts. 81 y 84 del Código de procedimiento y el 223 del Código civil.

(1) Cas. fran., 13 de Enero de 1873, *Pal.*, 1873, 18.

recobrar de pleno derecho la ciudadanía francesa, siempre que al enviudar residiese en territorio francés, (en lo que se deroga, sin razon, la regla de que es siempre necesaria la declaracion de la mujer para recobrar la ciudadanía perdida), no son, en nuestro sentir, aceptables los principios relativos á los derechos de la patria potestad. Si los hijos continúan siendo extranjeros—y la patria potestad se ha establecido más bien en interés del hijo y para proteger los derechos que no es capaz de ejercitar por sí mismo, que para dar derechos á los autores de su nacimiento,—parece evidente que aquella deba estar organizada y ser regida por la ley personal del menor, no con arreglo á la del padre ó de la madre, que de ella esten invertidos. La misma jurisprudencia francesa ha decidido que la tutela del menor extranjero debe ser regida por la ley personal de aquel en cuyo favor se ha instituido; y ¿por qué no ha de suceder lo mismo respecto de la patria potestad (1)?

Las razones del Tribunal Supremo para limitar en este caso la aplicacion de la ley extranjera, no parecerán muy fundadas. Que no debe admitirse la aplicacion si los derechos de la soberanía territorial resultaban perjudicados, estamos conformes, y es constante sobre esto la jurisprudencia (2); pero que deba tambien valer la limitacion, si la aplicacion de la ley extranjera perjudica los intereses franceses, como han sostenido algunos autores franceses (3), es verdaderamente una máxima subversiva, pues vale tanto como pretender que el interés francés sea una regla general de derecho. Si hubiese querido que se acordase esto, hubiera caido el Tribunal Supremo en una peticion de principio, mientras que, si hubiese dudado si debian aplicarse la ley extranjera ó la ley francesa, supone esto que la madre tenia derecho al usufructo y á la tutela legal, segun la ley francesa.

---

(1) Bastia, 8 de Diciembre de 1863, Dall; 1864, 2, 1. París, 21 de Marzo de 1862, *Pal.* 1862, 555.

(2) Paris 2 de Agosto de 1866. *Pal.*, 1866, 1245. *Pas.* 23 de Mayo de 1868. *Pal.*, 1868, 939. Paris, 23 de Febrero de 1866. *Pal.*, 1866, 1.120. *Montpellier*, 17 de Diciembre de 1869. *Pal.*, 1870, 455.

(3) Valtte sobre Prud, *Tratado del estado de las per.* II, p. 85, Demolombe. Apreciacion de las leyes, t. I, núm. 102.

*De la ley personal del menor extranjero, en oposicion con la del país en donde se obliga* (§ 166, 173).

El Tribunal de París ha decidido que el menor, segun las leyes de su país, y mayor segun la ley francesa, no podia válidamente obligarse en Francia (1).

Despues, sin rechazar esta regla, ha dicho el Tribunal de Casacion que, si el francés ha obrado con madurez de juicio, de buena fé é ignorando el extranjerismo del otro, y sobre todo si el contrato ha sido favorable al extranjero, y este último parecia dotado de capacidad suficiente para obligarse, el contrato hecho por él, aunque menor segun la ley de su patria, será válido en Francia (2).

La doctrina adoptada por el Senado de Varsovia (3) en una sentencia de fecha reciente, está conforme con la opinion manifestada por nosotros en el texto. Un ciudadano austriaco de 23 años de edad, propietario de tierras en Polonia, habia contraido obligaciones sobre sus inmuebles, sin autorizacion del consejo de tutela. Siendo nula la obligacion segun la ley austriaca, pidió el tutor al Tribunal de Varsovia que la anulase. Opúsole el otro que los bienes inmuebles existentes en Polonia debian regirse por la ley vigente en el país, y que, segun ésta, la persona de 20 años cumplidos puede disponer de sus bienes sin restriccion alguna. La Audiencia y el Tribunal de apelacion han estimado las razones de la defensa y rechazado la demanda del tutor; pero el Senado ha casado ambas sentencias y decidido que, siendo la capacidad de obligarse regida por la ley personal, debia aplicarse la del país á que pertenecia el obligante, y por último,

(1) Paris 20 de Febrero de 1858. *Cas.*, 16 de Enero de 1861. *Pal.* 1862, 427.

(2) Véase la sentencia citada.

(3) En Rusia está dividido el Senado en muchas secciones, dos de las cuales forman el Tribunal de Casacion organizado en 1866, y las demás sirven de tercera instancia para los procesos que tienen lugar en algunos puntos de Rusia en donde aún no se ha introducido el nuevo procedimiento arreglado á la ley de 1866.

que la obligacion del propietario austriaco era nula á causa de su minoría (1).

*De la tutela del extranjero* (§ 174).

En lo que concierne á la ley, segun la cual debe organizarse la tutela del extranjero en Francia (2), se dá la preferencia á la ley nacional del menor, porque la tutela pertenece al estatuto personal, y lo mismo sucede en B lgica (3). Se ha decidido, en consecuencia que, para poder proveer á la tutela de un hijo menor, de un italiano muerto en Francia, debe apelarse al consulado italiano, el cual se conformará, para obrar, á todas las disposiciones de nuestra ley. Solo en el caso, verdaderamente raro, en que los intereses del menor queden sin proteccion, y en que hubiese que tomar medidas urgentes, deberá ordenar el magistrado francés lo accidentalmente necesario (4).

*Sobre la capacidad de ejercer la tutela* (§ 178).

En cuanto á la capacidad de ejercer la tutela, se ha decidido en Francia que el extranjero allí residente, puede ser tutor de un hijo menor, porque la tutela se rige por el estatuto personal (5); pero se le ha negado serlo de un francés. Si el extranjero no ha sido autorizado para establecer su domicilio en Francia, no puede formar parte del consejo de familia, aunque fuese pariente del menor; pero si hubiese tomado parte en las deliberaciones, podrá cubrirse la irregularidad con el error comun sobre la nacionalidad del extranjero (6).

En Italia se ha decidido que un ciudadano domiciliado en país extranjero, puede ser tutor de los menores que, mien-

(1) Diario de *Derecho internacional privado*, por M. Clunet, 1874, 1, página 48.

(2) Bastia, 8 de Diciembre de 1863. *Dall.* 1864, 2, 1.

(3) Bruselas, 29 de Julio de 1865. *Pasicr vel.*, 1866, 57. *Monit. de los trib.*, 1872, p. 163.

(4) Bastia y Burdeos, sentencia citada y convenio consular entre Italia y Francia, 26 de Julio de 1862, art. 9.

(5) Paris 21 de Marzo de 1862. *Pal.*, 1862, 555.

(6) Paris 21 de Marzo de 1861. *Dall.*, 1861, 2, 73.

tras vivieron sus padres, tuvieron con ellos su domicilio en el Estado, y que las causas de incapacidad de la tutela, no pueden extenderse, por consideraciones de oportunidad y de conveniencia, más allá del límite marcado expresamente por el legislador (1).

*Observaciones sobre el artículo 7 del Código civil italiano* (§ 196).

Segun el principio consagrado por la jurisprudencia italiana, toda clase de derechos sobre inmuebles existentes en el Estado, deben ser regidos por nuestra ley, y la extranjera será solo aplicable á aquellos respecto de los cuales no hubiese una disposicion expresa (2). Nuestros tribunales han afirmado constantemente que las leyes reales son territoriales, y cuando se ha presentado alguna diferencia sobre los inmuebles existentes en el Estado, han averiguado, ante todo, si la disposicion relativa de la ley es real ó personal, y han admitido ó rechazado en su consecuencia la aplicacion de nuestra ley ó de la del extranjero, segun que han reconocido en la ley el carácter de la personalidad ó de la realidad.

Tales indagaciones parecen un recuerdo de la antigua escuela, y nosotros las consideramos inútiles en el sistema consagrado por nuestro Código civil. La discusion sobre la personalidad ó la realidad de los estatutos, ha sido siempre una fuente de confusiones é incertidumbres, y al reproducirla entre nosotros, podria conducir á destruir todas las ventajas y á disminuir el mérito de nuestro legislador, que, consagrando las reglas principales y más cuestionadas del Derecho internacional privado, abandona atrevidamente y sin temor el criterio de la antigua escuela, y acepta principios más progresivos y liberales.

La disposicion del artículo 7 que dice que: «Los bienes in-

(1) Milan 25 de Octubre.

(2) Cas. de Turin, 29 de Abril de 1871. *An. jur.*, 1871, 1, 177. Tribunal de casacion de Nápoles, 30 de Noviembre de 1869. *Gaceta de proc.*, 1869 á 1870, 533. Trib. de Náp. 4 de Mayo de 1868. *An. jur*, 1868, 2, 167.

muebles están sometidos á la ley del lugar en donde están situados,» es la consagracion jurídica de los derechos de la soberanía territorial. La propiedad pertenece á los particulares. y á la soberanía el dominio sobre el territorio; y así como todas las personas que habitan en él, están sometidas á la soberanía y á la autoridad del soberano, del mismo modo todas las partes del territorio se hallan sometidas al imperio de la soberanía. El territorio público de un Estado lo forman las propiedades particulares de todos los individuos, reunidas y contiguas, y de aquí que los inmuebles considerados como un todo, están bajo el imperio de la soberanía del Estado. ¿Se sigue, acaso, de esto, que los derechos particulares del propietario deban depender de la ley territorial, ó que todas las leyes que tienen por objeto los inmuebles, sean reales en el sentido que á esta expresion atribuia la antigua escuela? Admitimos que la soberanía tiene un derecho real sobre todo el territorio, pero no podémos convenir en que las leyes puedan dividirse en reales y personales dentro de la antigua escuela, porque los criterios para distinguir la personalidad y la realidad de las leyes, han sido siempre inciertos y confusos.

Hasta los tribunales franceses comienzan á conocer la dificultad de resolver las cuestiones, en cuanto á los bienes, por la antigua distincion del estatuto personal y real (1), pues el hecho de aventurarse por las antiguas investigaciones puede ser una fuente de incertidumbres y de errores; pero de cualquier modo, convendrá fijar bien lo que debe entenderse por personalidad y por realidad de la ley, á fin de no servirse, para formar juicio, de un criterio incierto é indefluido. Semejante investigacion seria infructuosa y en nuestro sentir, inútil en el sistema consagrado por nuestra legislacion, y será preferible eambiar la direccion de las investigaciones.

No puede, en efecto, decirse que, segun nuestro legislador, deban considerarse como territoriales todas las leyes que tienen por objeto los inmuebles en el sentido de que deban regir todos los derechos de los extranjeros sobre los referidos inmuebles, puesto que, dejando á un lado la capa-

(1) Tribunal del Havre, 22 de Agosto de 1872, Pal. 1872.

cidad de adquirirlos ó de enagenarlos que se rige por la ley nacional de la persona—los derechos sobre los inmuebles que dependen de las relaciones de familia—tales como el usufructo legal, la inenagenabilidad de la dote, la donacion entre esposos y otros derechos semejantes—parece deben depender de la ley misma que rige las relaciones de familia, es decir, de la ley nacional del marido. Tambien es cierto que los derechos para adquirir ó trasmitir por sucesion, son regidos por la ley nacional de la persona de cuya sucesion se trata y que los efectos de las obligaciones sobre los inmuebles existentes en el Estado dependen de la ley que rige la obligacion misma (arts. 6, 8 y 9 del Código civil). De aquí que el artículo 7 puede considerarse como la consagracion de un princípio incontestable de derecho público y político, á saber, que la soberanía territorial es indivisible, y la única que impera en el territorio. La propiedad pertenece á los partcular res; el territorio público, es decir, los *inmuebles reunidos y contiguos considerados como un todo*, está bajo el dominio de la soberanía. Cada propietario puede invocar la ley que rige su derecho sobre los inmuebles existentes en el Estado, con tal que con la aplicacion de la ley que invoca no se perjudiquen los derechos de la soberanía ¡territorial. Así como no pueden aplicarse en el Estado las leyes extranjeras si perjudican al principio de órden público ó de la policía, tampoco deben aplícarse si lesionan los derechos de la seberanía territorial.

¿Pero cómo distingir las leyes que lesionan estos derechos? A esto no puede responderse con criterios generales, como no se puede tampoco determinar por reglas abstractas cuáles son las leyes extranjeras que deben considerarse en oposicion con los principios de órden público. La magistratura, que conoce los principios de su propia legislacion, es la que puede definir qué leyes son las que deben ser consideradas como leyes de policía y de órden público, y puede determinar cuándo la aplicacion de la ley extranjera ataca los derechos de la soberanía territorial, ó á alguna de las leyes que la soberanía ha promulgado en interés general de la propiedad agrícola, ó por un interés económico, ó por razones de defensa, de seguridad y otras análogas. Tales son, por ejemplo, las leyes que han abolido los fideicomisos, los bienes de manos-muertas, los censos perpétuos, las que han arreglado

la prescripcion, que han sancionado la publicidad de las hipotecas, las que han arreglado la expropiacion por causas de utilidad pública, el régimen forestal, la explotacion de las minas, las que han arreglado las servidumbres prediales y otras análogas.

El principio consagrado por el artículo 7, tendría su aplicacion en la hipótesis siguiente. Supongamos que, en una sucesion abierta en Italia, se entabla un proceso ante nuestros magistrados, sobre peticion ó distribucion de la herencia, y que los bienes se encuentran en paises diferentes. Para determinar quiénes son los que tienen derechos á la sucesion y cuáles sean estos derechos, deberia el magistrado italiano tener solamente en cuenta la ley nacional del difunto (artículo 8 del Código civil). Pero si, en el país extranjero, en vez de considerarse el patrimonio como un todo ideal é indivisible lo mismo que la persona del difunto, prevalecía la máxima *tot hæreditates quot territoria*, y si fuesen excluidos de la sucesion de los bienes que se hallaban en dicho país, —los cuales hubieran sido incluidos en la particion hecha por nuestro magistrado,—los excluidos no podrían indemnizarse con los bienes existentes en Italia, ni formular una declaracion de daños y perjuicios, fundándose en la sentencia misma de nuestro magistrado; y si este aceptaba sus razones haria una aplicacion indebida del artículo 8 del Código civil, puesto que el artículo 7 dispone que los inmuebles estén sometidos á la *lex rei sitæ*.

Respecto á los bienes muebles, está de acuerdo la jurisprudencia en considerarlos sometidos á la ley del lugar en donde se hallan, para todas las cuestiones relativas á la posesion, á los privilegios sobre ellos y á las vías de ejecucion (1).

En Italia, en las cuestiones de quiebra, se hace una distincion entre los muebles y los inmuebles, que no parece bien fundada. Respecto á la eficacia de una sentencia de quiebra pronunciada por un tribunal extranjero, se dice que esta sen-

---

(1) Tribunal de Cas. fran. 19 de Marzo de 1872. Pals. 1872, 560. Véase Dénolombe *Publicacion de las leyes* t. I, n. 96 Laurent, Principios del Derecho civil II, n. 121; Dubois. Conflicto de las leyes n. 44.

tencia, en cuanto priva al quebrado de la facultad de disponed, deberia considerarse eficaz para los muebles existentes en el Estado, é ineficaz para los inmuebles, porque los primeros son regidos por la ley personal del propietario, y los segundos por el estatuto real. Hemos refutado esta distincion en una memoria especial que hemos escrito sobre tan importante asunto (1).

Háse dicho además, que no es necesario que sea declarada ejecutoria la sentencia extranjera de quiebra para que sea eficaz sobre los bienes muebles pertenecientes al quebrado, y que todos los acreedores de este deben ser admitidos á formar parte de la masa, sin que sea necesario que se haya declarado ejecutoria la sentencia extranjera de quiebra porque los bienes muebles son regidos por la ley personal del propietario.

Bajo esta relacion no me parece aceptable la distincion. Ningun juicio extranjero debe ser válido entre nosotros, hasta que sea declarado ejecutorio; lo contrario seria un ataque á la independencia del Estado. Así como la jurisdiccion de los magistrados nombrados por el soberano no puede extenderse más allá de los límites en que manda la autoridad pública, así no puede tampoco ninguna sentencia ser eficaz, como tal en un Estado extranjero, si antes no se ha declarado ejecutoria. Es inútil distinguir si la eficacia de dicha sentencia extranjera concierne á los inmuebles ó á los muubles; la fórmula ejecutoria es exigida siempre por consideracion á la independencia del Estado.

### *De la propiedad literaria y de la propiedad industrial de los extranjeros (§ 201).*

En cuanto á la propiedad literaria, conviene tener en cuenta las leyes y los tratados para decidir si pueden gozar de ella los extranjeros. Por el decreto de 28 de Marzo de 1852, se asimilan en Francia las obras literarias y las obras de arte publicadas en el extranjero á las publicadas en la misma Francia, en lo relativo á los efectos de la reproduccion.

(1) V. Fiore, *De la quiebra segun el Derecho internacional privado* (Pisa, 1873) p. 34.

De aquí que si se ha hecho el depósito correspondiente con arreglo al artículo 4 del citado decreto, ora de la letra ora de la música de una obra extranjera, no está permitido publicarlas en Francia sin autorizacion del autor ó de los editores extranjeros, ó de los cesionarios franceses (1). Por lo demás, notemos que el decreto de 28 de Marzo de 1852, que castiga la reproduccion, en territorio francés, de las obras publicadas en el extranjero, no es aplicable á la representacion de las obras dramáticas; así pues, no puede impedirse la representaciou en Francia de una obra dramática representada ya en el extranjero (2).

La propiedad industrial solo se garantiza, en Francia, á los extranjeros autorizados para fijar allí su domicilio; y á los demás, solo en el caso en que exista con el país á que el industrial pertenezca, un tratado que asegure en él las mismas ventajas á la propiedad industrial francesa (3).

Un fabricante extranjero, cuyo nombre hubiese usurpado un fabricante francés, podrá intervenir en el litigio, si se entablase un proceso contra este por otro fabricante francés autorizado para servirse del nombre usurpado (4).

*Cuándo la mercancía nacional puede ser considerada como extranjera* (§ 201.)

Respecto á la condicion jurídica de las mercancías, ha decidido el tribunal civil de Nápoles que el solo hecho de la exportacion, imprime á la mercancía nacional el carácter de extranjera, exceptuando solo los casos desalvamento y de expatriacion temporal (5).

*De la prenda aplicada á los buques, y de la ley segun la cual debe juzgarse acerca de su eficacia* (§ 220).

Todo lo dicho en el n.° 220 (*a, b, c,*) del texto, en cuanto

(1) Trib. de París, 27 de Junio de 1866; *Pal* , 1867,265.
(2) Cas. franc., 14 de Diciembre de 1857; *Pal.*, 1858,673.
(3) París, 5 de Junio de 1867 (Kemp), *Pal.* 1868, 592.
(4) Besancon, 30 de Noviembre de 1861 (Lorimier); Pal. 1863,215.
(5) 2 de Diciembre de 1872, *Gaz. Proc.*, 1872, 550.

á la posesion de los muebles, como condicion necesaria para la eficacia de la prenda, no deberia aplicarse á los buques, pues, aunque comprendidos bajo la denominacion de muebles, se hallan en una situacion jurídica especial. A los buques no se aplica la máxima «la posesion sirve de título,» ni la regla «los muebles no lugar fijo.» Por otra parte, para la eficacia de la prenda de las cosas muebles, es necesario que la cosa objeto de la prenda se ponga á disposicion del prendatario á fin de prevenir el peligro de los privilegios y de las preferencias ocúltas; pero no sucede lo mismo con los buques para los cuales existen medios no menos seguros para dar á conocer los privilegios y las obligaciones á que están afectos. El acta de nacionalidad sirve no solo para probar la propiedad de los buques sino tambien para dar á conocer las modificaciones de propiedad y los privilegios que han podido nacer por la prendacion de dichos buques. Es muy grave la cuestion sobre si debe decidirse acerca de la eficacia de la prenda de un buque, y por consiguiente, de las causas de preferencia y de los privilegios adquiridos sobre aquel, aplicando la ley bajo cuyo dominio se constituyó la prenda ó la del país en donde por accidente se halla el buque y en donde surge la cuestion de los derechos y de los privilegios que le conciernen. Discutida esta cuestion ante diversos tribunales franceses, se ha resuelto de diverso modo en el caso siguiente:

Habíase constituido sobre un buque inglés construido en Inglaterra un *mort-gage* (que llamamos prenda), en la forma regular segun la ley inglesa. Encontrándose el buque en un puerto francés y habiéndolo embargado los acreedores para venderlo, se discutía si estos últimos debian respetar el derecho del acreedor prendatario, siendo así que la forma de la constitucion de la prenda, aunque válida, segun la ley inglesa, no lo era segun la francesa (1).

---

(1) Segun la ley inglesa de 1854 (*Shipping merchent act*), las construcciones de prenda (*mort gage*) y las traslaciones de propiedad de los buques, deben inscribirse, bajo la pena de nulidad, en el registro de la aduana del puerto en que el buque haya sido inscrito. En el acta de nacionalinad entregada al capitan se halla la anotacion de que dicha acta no constituye un título, y que no sirve para comprobar las modificaciones de propiedad, las hipotecas, etc de los buques. Segun la jurisprudencia francesa, los buques pueden ser pignorados,

Parece que el tribunal obró acertadamente, decidiendo «que la validez del contrato de prenda hecho en Inglaterra entre ingleses, conforme á la facultad que les da su ley nacional, deberia ser respetado por los demás acreedores (1);» pero el de Caen y el Tribunal de Casacion fueron de opinion diferente; pues, partiendo del principio que «los muebles que un extranjero posee en Francia son regidos por la ley francesa en lo que concierne á la cuestiones de posesion, de privilegio y de vias de ejecucion (2),» se negaron á admitir la eficacia de la constitucion de prenda. Hé aquí una decision que ataca, en nuestro sentir, el crédito y la buena fé, tan necesarios para los contratos marítimos, y que ha sido juiciosamente criticada por Mr. Labbé.

Sí los derechos legítimamente adquiridos segun la ley del país á que pertenece el buque podian ser invalidados, aplicando, para juzgar las diferencias á ellos anejas, las leyes de los países extranjeros en donde, por acaso, se encontrase el buque, se quebrantaria profundamente el crédito marítimo. ¿A qué ley podria arreglarse un acreedor inglés que hubiese adquirido en Inglatera un derecho de prenda (*mort-gage*) sobre un buque inglés, sino á la ley inglesa?

Cuando el buque llegó á territorio francés ya estaba gravado con esta obligacion, y los acreedores sólo podian pedir la prueba de ello, pero no podian solicitar que, no habiéndose constituido la prenda con arreglo á las prescripciones de la ley francesa, debia considerarse como nulo el derecho adquirido segun la ley del contrato.

Si la ley inglesa no habia procurado suficientemente impedir el fraude por medio de la publicidad; si habia facilitado el poder perjudicar á un tercero, podia haberse desconocido con razon la aplicacion de la misma; pero en el hecho cita-

---

con la condicion de que el acta de constitucion de prenda se transcriba en el registro de la aduana y sobre el acta de nacionalidad. En el caso que hemos citado faltaba la anotacion en el acta de nacionalidad.

(1) Tribunal de Comercio de Homfleur, 9 de Abril de 1870. (Craven), *Pal.*, 1871, 263.

(2) Caen, 12 de Julio de 1870; *Pal.*, 1871, 269. Casac. franc., 19 de Marzo de 1872. *Pal.*, 1872, 560.

do, segun la ley inglesa, se ha llenado el requisito de la publicidad, y en el acta de nacionalidad que el capitan está obligado á llevar á bordo, constaba la observacion de que aquella no constituia título para los cambios de propiedad ni para la constitucion de prenda (*mort-gage*), observacion suficiente para prevenir á un tercero conocedor de estas cosas que se dirigiese á la oficina de la aduana del puerto en donde el buque estaba inscrito. Con arreglo á estas consideraciones, concluimos que, cuando la ley nacional del buque ha provisto suficientemente el requisito de la publicidad de los derechos y preferencias adquiridas sobre el mismo, de manera que pudiera todo el mundo conocer los derechos válidamente adquiridos sobre este buque, segun la ley nacional, deben ser éstos respetados en todas partes (1).

*Jurisprudencia relativa á la hipoteca legal y á la hipoteca judicial* (§ 227).

En lo que se refiere á la hipoteca legal, en la jurisprudencia francesa prevalece en absoluto la máxima de que la mujer casada y el menor siendo extranjeros no tienen hipoteca legal sobre los bienes inmuebles del marido ni del tutor que viven en Francia más que en el sólo caso de que semejante derecho les sea concedido por reciprocidad en virtud de un tratado internacional, ó cuando se hallen domiciliados en Francia con la autorizacion del Gobierno (2). El Tribunal de Casacion de Milan ha decidido á su vez que la hipoteca legal pertenece al estatuto personal, puesto que es inseparable de las cualidades personales de los individuos y de las entidades morales, á las cuales se atribuye exclusivamente por el legislador (3).

Nosotros reconocemos como más fundada la máxima es-

---

(1) Fiore, *De la quiebra, segun el Derecho internacional*, (Pisa, 1873), página 141.

(2) Cas. franc., 5 de Febrero 1872; *Pal.*, 1872, 431; Véase Cas., 20 de Mayo de 1862; *Pal.*, 1862, 561; *Cuadro general*, Devil y gild., v.° *hipoteca legal*, núm. 48 y sig.

(3) Tribunal de Casacion de Milan, 1.° de Junio de 1864; Monit., 1864, 590.

tablecida en Francia respecto á la hipoteca judicial, á saber: que un juicio seguido en otra nacion no puede servir de título para hacer una inscripcion hipotecaria sino despues de haberse dado sentencia y declarado ejecutoria en el punto donde se quiere inscribir la hipoteca (1).

*Ley de donde depende la validez del contrato* (§ 239-242).

Innumerables decisiones confirman los principios adoptados en el texto respecto á la ley que debe servir para apreciar la validez de la obligacion, en tales términos, que se puede decir con razon que una jurisprudencia casi constante reconoce que *la ley del lugar del contrato* debe determinar la validez, la naturaleza y la extension de la obligacion entre los contratantes.

Se ha declarado, en efecto, que un contrato de seguros celebrado en Francia sobre mercancías cargadas en un puerto extranjero á bordo de un navío extranjero y destinadas á un puerto extraño, debe regirse por la ley de Francia (2); que debe determinarse, segun la ley del país en que se ha celebrado el contrato de seguros, la extension de la obligacion, en lo que se refiere á los casos y condiciones en que el asegurador estará obligado á la reparacion de los daños y perjuicios (3), y que con arreglo á la propia ley debe resolverse igualmente si las mercancías cargadas sobre cubierta deben ó no excluirse de las disposiciones sobre averías en caso de tener que arrojar una parte para salvar la embarcacion (4).

Por lo que se refiere á un contrato de trasporte entre un francés y una compañía inglesa hecho en territorio inglés, ha decidido el Tribunal de Casacion que la responsabilidad de

(1) Tribunal de Aix, 16 de Diciembre de 1869; Dall., 1871, 2, 1871.

(2) Rouen, 7 de Junio de 1856; *Jour. de Mars.*, 1834, 2.148; Véase Cas. franc , 1.° de Febrero de 1862; *Jour. de Mars.*, 1862, 2.145.

(3) Marsella, 4 de Agosto de 1852; *Jour. de Mars.*, 1831, 1.197, y 18 de Octubre de 1831, 1, 28.

(4) Marsella, 4 de Agosto, l. c.

la compañía, en caso de perderse el cargamento, debe apreciarse segun la ley de Inglaterra (1).

Por lo que se refiere al contrato de préstamo á interés, el mismo Tribunal de Casacion ha declarado que, si se ha estipulado en país extranjero y á un tanto por ciento mayor del que permite la ley francesa, el convenio, válido conforme á *la ley del lugar del contrato*, debe ser eficaz en Francia (2).

Por lo que se refiere al contrato de flete, se ha declarado, en el caso de una nave fletada en Marsella para una casa de Hamburgo, que el corretaje se apreciará segun la legislacion de Marsella y no segun la de Hamburgo, aunque el corredor se haya valido en Hamburgo de otro corredor para tratar con esta casa (3).

Unicamente si los contratantes son extranjeros y de una misma nacion, es cuando el contrato celebrado por estos podrá regirse por las leyes de su nacion (4).

Por último, todo lo que se refiere á la ejecucion de un contrato debe regirse por la ley del país en que aquel debe ejecutarse; así se ha declarado tambien para el caso de un contrato celebrado en Francia, por franceses y que haya de ser ejecutado en otra nacion, aunque la cuestion relativa á tal contrato se haya sometido á los tribunales franceses (5).

La aplicacion de estas dos máximas no ha modificado la regla de que la persona y las cosas se rijen siempre por la ley á que han sido sometidas, y por consiguiente, aunque el contrato de seguros se haya apreciado segun la ley del país en que se ha celebrado, para determinar si el capitan ha debi-

---

(1) Cas. franc., 23 de Febrero de 1864; *Pal.*, 1864, 225; V. Casacion francesa, 26 de Marzo de 1860. (Ferro-carril de Orleans); *Pal.*, 1861, 715; Cas. franc., 9 de Julio de 1872; (Compañía de Lyon); Dall., 1872, 1.224; Cas., 5 de Febrero de 1863; *Pal.*, 1872, 238; Casacion de Nápoles, 28 de Junio de 1871; *Gaz. Proc.*, 1871, 1872, 367.

(2) Casacion 10 de Junio de 1857; *Cas.*, 1859, 1.501; Bastia, 10 de Marzo de 1866; *Pal.*, 1866, 940.

(3) Marsella, 10 de Diciembre de 1860; (Auvert, *Jour. de Mars.*, 1861, 1, 13.

(4) Argel, 18 de Agosto de 1848; *Jour. de Mars.*, 1848, 2,75; Nápoles, Tribunal del Comercio, 10 de Junio de 1872; *Gaz. Proc.*, 1872 á 1873, 394.

(5) Marsella, 29 de Setiembre de 1864; (Agelasto), l. c., 1864, 1.276.

tablecida en Francia respecto [illegible] la falta de ciertos que un juicio seguido en [illegible] ho á lo que se marca para hacer una ins[illegible] la ley de la nacion de berse dado ser [illegible] de Casacion de Milan, con donde se quie[illegible] inmuebles, ha declarado que [illegible] de inmuebles y sobre otros pun- [illegible] jurídica deben resolverse confor- [illegible] condicion [illegible] la cosa se halla, y la cuestion sobre la va- [illegible] la venta con falta de la autorizacion del [illegible] nulidad de la [illegible] conforme á la ley personal (2).

Ley de [illegible]

Ir[illegible] dos [illegible] le [illegible]

*De los contratos por medio de cartas* (§ 247).

Se ha discutido siempre mucho para determinar el tiempo en que debe considerarse perfeccionado un contrato verificado por medio de cartas, y se han invocado sólidos y poderosos argumentos para sostener que el contrato debe considerarse como perfecto en el momento que es aceptada su proposicion. Lo que no deja de influir baśtante en hacer animada esta discusion es el gran número de concesiones que se hacen los partidarios de ambas opiniones, los cuales, con la esperanza de llegar á una conciliacion, han dado lugar á interpretaciones contrarias y á vaguedades equívocas.

Las leyes positivas no son uniformes en este punto (3); la jurisprudencia no es precisa; los tribunales mismos han dado sentencias en sentido contrario, y entre nosotros, el Tribunal de Casacion de Turin y el de Florencia se hallan entre sí en oposicion (4).

---

(1) Bordeaux, 6 de Mayo de 1861; Cas. franc., 1.° de Febrero de 1862; *Jour. de Mars.*, 1861, 2, 3 y 445.

(2) Tribunal de Casacion de Milan, 17 de Mayo de 1867; *Monit.*, 1867, 466.

(3) Arts. 319 á 323 del Código aleman; Art. 852 del Código civil austriaco; Art. 207 y sig. del proyecto del Código comercial de Suiza, Art. 40: Proyecto del Código comercial italiano.

(4) Han considerado perfecto el contrato en el lugar en donde se verifica la aceptacion: Génova, 3 de Marzo de 1863; *Monit.*, 1863, 839; Turin, 22 de Mayo de 1866; *Cav.*, 1866, 2, 60; Turin, 28 de Diciembre de 1867; *Cav.*, 1867, 2. 254; Idem, 12 de Abril de 1862; *Cav.*, 1862, 2, 107; Génova, 21 de Julio de 1862; *Cav.*, 1862, 2, 250; Cas. de Turin,

En la discusion del proyecto de nuestro Código de Comercio ha renacido la cuestion. Nuestro legislador, con mucha oportunidad, ha querido adoptar un principio para dar á los tribunales una regla constante que les sirva al dar sus fallos; pero no se puede prever cuál de estas dos opiniones prevalecerá. El ilustre jurisconsulto Mancini ha hecho aceptar su opinion, contraria á la que prevaleció en el seno de la comision; y los artículos del proyecto son favorables al principio de que el contrato por medio de cartas se perfecciona cuando su aceptacion es conocida por el que lo propuso. Así lo creimos nosotros tambien, mas despues de maduras reflexiones nos hemos convencido de que los contratos por medio de cartas se perfeccionan en el lugar en que la proposicion ha sido aceptada, y desde que la manifestacion de la voluntad del aceptante reviste una forma precisa exteriormente.

No hay duda que, en los contratos por medio de cartas, no es posible evitar una ficcion jurídica, y que conviene escojer la que más en armonía se halle con los principios de derecho, con la tradicion científica, con la rapidez y la certeza que requieren las cuestiones mercantiles y que eliminen las equivocaciones. Tal parece la opinion que sostiene que los contratos se perfeccionen en el lugar en que se realiza la aceptacion. El argumento más importante, por cierto, de Mancini, es que, para el perfeccionamiento de un contrato, no basta la existencia de las dos voluntades acordes, sino que es necesario un reconocimiento recíproco de aquel, puesto que nadie puede ser obligado contra su voluntad; este argumento no sirve para apoyar la opinion que nosotros hemos sostenido.

---

22 de Diciembre de 1871; *Monit.*, 1872, 56; Génova, 27 de Febrero de 1871; *Vét.*, 1871, 2, 132; Nápoles, 15 de Diciembre de 1873; *Gaz. Proc.*, 1873 74, 594. Han adoptado la opinion contraria: Tribunal de Turin. 15 de Enero de 1861; *Cav.*, 1861, 2.236; Tribunal de comercio de Génova, 15 de Junio de 1865; *Cav.*, 1865, 2.168, y 24 de Agosto de 1865; *Cav.*; ídem id., 248; Casacion de Florencia, 5 de Junio de 1873; *Gaz. Proc.*, 1873 497; Tribunal de apelacion de Nápoles, 16 de Diciembre de 1867; *Gaz. Proc.*, 1868, 286; Tribunal de Marsella, 23 de Mayo de 1872; *Jour. de Mars.*, 1872, 1.172. Véase además la sentencia inglesa á que se refiere la *Revista de derecho francés*, tomo XI, p. 790; las decisiones de los tribunales alemanes relatadas por Litten, *quo tempore pactum inter absentes propositum perfici videatur.*

do hacer visitar ó reconocer la nave, y si la falta de ciertos documentos puede hacer perder el derecho á lo que se marca para las averías, se tiene en cuenta la ley de la nacion de donde es el buque (1), y el Tribunal de Casacion de Milan, con motivo de una venta de bienes inmuebles, ha declarado que las cuestiones sobre comercio de inmuebles y sobre otros puntos relativos á su condicion jurídica deben resolverse conforme á *la ley donde la cosa se halla*, y la cuestion sobre la validez ó nulidad de la venta con falta de la autorizacion del marido, conforme á la ley personal (2).

*De los contratos por medio de cartas* (§ 247).

Se ha discutido siempre mucho para determinar el tiempo en que debe considerarse perfeccionado un contrato verificado por medio de cartas, y se han invocado sólidos y poderosos argumentos para sostener que el contrato debe considerarse como perfecto en el momento que es aceptada su proposicion.

Lo que no deja de influir bastante en hacer animada esta discusion es el gran número de concesiones que se hacen los partidarios de ambas opiniones, los cuales, con la esperanza de llegar á una conciliacion, han dado lugar á interpretaciones contrarias y á vaguedades equívocas.

Las leyes positivas no son uniformes en este punto (3); la jurisprudencia no es precisa; los tribunales mismos han dado sentencias en sentido contrario, y entre nosotros, el Tribunal de Casacion de Turin y el de Florencia se hallan entre sí en oposicion (4).

---

(1) Bordeaux, 6 de Mayo de 1861; Cas. franc., 1.° de Febrero de 1862; *Jour. de Mars.*, 1861, 2, 3 y 445.

(2) Tribunal de Casacion de Milan, 17 de Mayo de 1867; *Monit.*, 1867, 466.

(3) Arts. 319 á 323 del Código aleman; Art. 852 del Código civil austriaco; Art. 207 y sig. del proyecto del Código comercial de Suiza. Art. 40: Proyecto del Código comercial italiano.

(4) Han considerado perfecto el contrato en el lugar en donde se verifica la aceptacion: Génova, 3 de Marzo de 1863; *Monit.*, 1863, 839; Turin, 22 de Mayo de 1866; *Cav.*, 1866, 2, 60; Turin, 28 de Diciembre de 1867; *Cav.*, 1867, 2, 254; Idem, 12 de Abril de 1862; *Cav.*, 1862, 2, 107; Génova, 21 de Julio de 1862; *Cav.*, 1862, 2, 250; Cas. de Turin,

En la discusion del proyecto de nuestro Código de Comercio ha renacido la cuestion. Nuestro legislador, con mucha oportunidad, ha querido adoptar un principio para dar á los tribunales una regla constante que les sirva al dar sus fallos; pero no se puede prever cuál de estas dos opiniones prevalecerá. El ilustre jurisconsulto Mancini ha hecho aceptar su opinion, contraria á la que prevaleció en el seno de la comision; y los artículos del proyecto son favorables al principio de que el contrato por medio de cartas se perfecciona cuando su aceptacion es conocida por el que lo propuso. Así lo creimos nosotros tambien, mas despues de maduras reflexiones nos hemos convencido de que los contratos por medio de cartas se perfeccionan en el lugar en que la proposicion ha sido aceptada, y desde que la manifestacion de la voluntad del aceptante reviste una forma precisa exteriormente.

No hay duda que, en los contratos por medio de cartas, no es posible evitar una ficcion jurídica, y que conviene escojer la que más en armonía se halle con los principios de derecho, con la tradicion científica, con la rapidez y la certeza que requieren las cuestiones mercantiles y que eliminen las equivocaciones. Tal parece la opinion que sostiene que los contratos se perfeccionen en el lugar en que se realiza la aceptacion. El argumento más importante, por cierto, de Mancini, es que, para el perfeccionamiento de un contrato, no basta la existencia de las dos voluntades acordes, sino que es necesario un reconocimiento recíproco de aquel, puesto que nadie puede ser obligado contra su voluntad; este argumento no sirve para apoyar la opinion que nosotros hemos sostenido.

---

22 de Diciembre de 1871; *Monit.*, 1872, 56; Génova, 27 de Febrero de 1871; *Vet.*, 1871, 2, 132; Nápoles, 15 de Diciembre de 1873; *Gaz. Proc.*, 1873 74, 594. Han adoptado la opinion contraria: Tribunal de Turin, 15 de Enero de 1861; *Cav.*, 1861, 2.236; Tribunal de comercio de Génova, 15 de Junio de 1865; *Cav.*, 1865, 2.168, y 24 de Agosto de 1865; *Cav.*; idem id., 248; Casacion de Florencia, 5 de Junio de 1873; *Gaz. Proc.*, 1873 497; Tribunal de apelacion de Nápoles, 16 de Diciembre de 1867; *Gaz. Proc.*, 1868, 286; Tribunal de Marsella, 23 de Mayo de 1872; *Jour. de Mars.*, 1872, 1.172. Véase además la sentencia inglesa á que se refiere la *Revista de derecho francés*, tomo XI, p. 790; las decisiones de los tribunales alemanes relatadas por Litten, *quo tempore pactum inter absentes propositum perfici videatur.*

El reconocimiento recíproco y simultáneo en los contratos por medio de cartas, parecido al que tiene lugar en los contratos entre presentes, es imposible, y por esto es por lo que nosotros hemos dicho que siempre se necesita una ficcion jurídica. ¿Cómo se podria obtener un consentimiento conforme, simultáneo, objetivo y subjetivo, como cuando una de las partes habla y la otra escucha y contesta? ¿Podrán decir ambas partes que todo está ultimado cuando ha llegado la carta de aceptacion á la morada del proponente? ¿Y si éste no ha leido la carta al recibirla por estar ausente, y puede probar que no pudo leerla? Admiten en este caso una ficcion jurídica para evitar el absurdo, y nosotros les decimos: Si como conclusion es inevitable una ficcion jurídica, ¿para qué multiplicar los equívocos y las cuestiones?

La carta del que propone el contrato es la manifestacion exterior jurídica y duradera de su voluntad si no puede revocarla antes de la aceptacion. Si el corresponsal ha aceptado la oferta en el tiempo que se deseaba, y de tal manera que el *propositum retentum in mente* ha adquirido una existencia exterior, efectiva é independiente, el *vinculum juris*, la entidad jurídica, el contrato viene á ser perfecto, eficaz é irrevocable. Esta opinion no parece sostenible sino en el caso de que se eliminen las tergiversaciones y las concesiones que han producido los equívocos. Si el contrato se ha establecido en las condiciones legales en el momento en que la proposicion se ha aceptado, se debe considerar como eficaz, irretractable é irrevocable, y declarar que ni la revocacion, ni la muerte, ni la incapacidad que sobrevengan podrán anular una entidad jurídica perfecta. El que propone es dueño de su proposicion hasta que ésta ha sido aceptada, y cuando propone sabe que, si se acepta, queda obligado; el corresponsal es dueño de su voluntad hasta que manifieste el consentimiento de una manera extrínseca, exterior, que adquiera una existencia independiente por sí misma. Apenas ha salido de sus manos la cosa, como por ejemplo, la carta, el telégrama ú otra semejante, que es la representacion jurídica del consentimiento efectivo, existente por sí mismo, ya no se puede revocar, no se puede anular por un arrepentimiento siempre tardío por muy pronto que tenga lugar lo que ya ha llegado á ser perfecto (1).

(1) Véase memoria de Pigoci (*Archiv. jurid.*, t. VI, p. 1), en donde

El temperamento de equidad por cuyo medio algunos han querido justificar la facultad concedida al que acepta de revocar la aceptacion antes que haya llegado al que propone, no es, en último extremo, más que una verdadera contradiccion. O la entidad jurídica que llamamos contrato se ha perfeccionado por la aceptacion y nadie tiene poder para anular lo que ya existe, ó falta algo para su perfeccionamiento, como por ejemplo, la llegada de la carta, y en este caso será mejor decir que el contrato adquiere su perfeccionamiento cuando la carta llega á manos del que propone.

*De los contratos celebrados por intermediarios.*

Hay una decision del Tribunal de Marsella enteramente conforme á la doctrina expuesta en el texto. Si segun el uso de la plaza en que ha tenido lugar la venta con el auxilio de un intermediario, y se ha convenido en conceder un plazo de favor para el pago del precio, el comisionista no podrá ser obligado á pagar hasta despues de espirar el plazo para entregar el precio. Si en semejante caso, y antes de espirar el plazo de favor, el comitente ha procedido contra el comisionista, se tendrá en cuenta para los daños y perjuicios (1).

En cuanto á los contratos verificados en un lugar y ratificados en otro, la jurisprudencia que ha prevalecido está conforme con nuestra opinion (2).

*Regla para determinar el lugar de la ejecucion* (§ 251).

El Tribunal de Turin ha declarado que se debe considerar como lugar de la ejecucion de un contrato el en que resi-

---

se cita casi todos los autores que han escrito sobre el contrato por correspondencia, y la importante obra de Serafini, «El telégrafo en sus relaciones con la jurisprudencia civil y comercial.»

(1) Marsella 16 de Octubre de 1833, *Journ. de Mars.*, 14, 1, 79. Véase: Marsella 24 de Enero de 1851, *Journ. de Mars.*, 30, 141.

(2) Véase Marsella, 26 de Febrero de 1867 y 18 de Junio de idem. *Journ. de Mars.*, 1867, 1, 113 y 240; Marsella, 6 de Setiembre de 1871; idem, 1871, 1, 222. En sentido contrario, véase Marsella 12 de Mayo de 1871; id. 1871, 1, 143.

de el vendedor, si se debe efectuar el libramiento franco al domicilio (1). Hallamos este principio igualmente admitido por el Tribunal de Génova (2). Por más que sea difícil y embarazosa la cuestion de determinar el lugar de la ejecucion de un contrato, cuando no se ha fijado expresamente, parece que el convenio de garantizar en peso y calidad una mercancía hasta un lugar determinado debe hacer que se tenga este último como lugar de la entrega (3). Nos inclinamos, por consiguiente, á establecer como regla, que el lugar en que se ha debido reconocer y realizar la mercancía debe considerarse como el lugar de la ejecucion, puesto que en él es donde pueden suscitarse las cuestiones sobre la identidad y la cualidad de la mercancia, y en dónde es conveniente fijar la competencia.

*De la tasa del interés* (261-265).

La jurisprudencia establecida en Francia sobre las leyes que deben determinar la tasa del interés, confirma el principio en admitido en el texto. Los intereses de una deuda contraida país extranjero y cuyo reembolso ha sido exigido inmediatamente en Francia, se ha calculado conforme á la tasa establecida por las leyes extranjeras (4), lo cual tendria lugar tambien en el caso en que una hipoteca se hubiese constituido sobre un fundo situado en Francia (5).

En cuanto al tanto por ciento de interes, de demora al Tribunal de Casacion francés (6), ha declarado que igualmente

---

(1) 22 de Mayo de 1866. Cab., 1866, 2, C. y Turin, Tribunal de Comercio, 19 de Marzo de 1871; id., id., 1, 3, 371.

(2) 22 de Junio de 1861; Cab., 1866, 7, 129. Véase en sentido contrario, Turin 19 de Enero de 1866. Cas. 1866, 2, 6.

(3) Nápoles, 6 de Diciembre de 1866. Vettin, 1866, 1, 878.

(4) Chambery, 12 de Febrero de 1869; *Pal.*, 1870, 91, V. Vastia, 19 de Marzo de 1866. id. 1866, 940; Bordeaux, 22 de Agosto de 1865, idem 1866, 830; Bourges, 6 de Marzo de 1860; id. 1861, 695. Cas. franc. 10 de Junio de 1857; *Pasicr.*, 1859, 1, 501. Bordeaux, 26 de Enero de 1831; *Pasicr.*, Aix 14 de Enero de 1826. *Pasicr.*

(5) Cas. 14 mesidor año XIII, sir 7, 3, 1026.

(6) Cas., 10 de Junio de 1857, l. c.

que despues de la demanda judicial, el tanto por ciento de interés deberia estimarse conforme á la ley del lugar del contrato, y esto para que la sentencia y la demanda judicial no produzcan novacion de la obligacion primitiva, la cual debe siempre continuar produciendo en provecho del acreedor las mismas ventajas accesorias. Mas, fuera de convencion en contrario, la opinion de los tribunales de Aix y de Burdeos parece más fundada, los cuales han declarado que los intereses de demora en las demandas judiciales deberian estimarse segun las leyes de Francia (1).

*De los daños y perjuicios.*

El principio expuesto relativamente á los daños y perjuicios, ha sido aplicado á un contrato de seguros verificado en Francia, y se ha declarado, que los aseguradores no pueden ser responsables de los daños más que en los casos y bajo las condiciones establecidas por la legislacion francesa (2).

*De la ejecucion personal.*

La ejecucion personal ó arresto por deudas civiles y comerciales (3), se ha regido siempre por la *lex fori* más bien que por la *lex loci contractus* (4). Así sucedió en Francia (5).

---

(1) Aix y Bordeaux, Sentencia citada.

(2) Marsella, 18 de Octubre de 1831; *Jour. de Mars.*, 13, 1, 28.

(3) La mayor parte de los Estados civilizados la han abolido, con muy pocas excepciones, como por ejemplo, en caso de fraude. Francia la ha abolido por la ley de 22 de Julio de 1867; Bélgica por la de 27 de Julio de 1871; la Confederacion de Alemania del Norte, por la ley de 29 de Mayo de 1868; Austria, por la ley de 4 de Mayo del mismo año; Inglaterra, por el acta 32 y 23, Victoria, de 9 de Agosto de 1869. En América, en la mayor parte de los Estados está expresamente prohibida por la Constitucion la prision por deudas: en los demas Estados lo ha sido por leyes especiales.

(4) Turin, 6 de Julio de 1867. *An. de Jur.*, 1866 á 1867, 2,470.

(5) Roun, 27 de Febrero de 1829 Posier, Casacion francesa 18 de Agosto de 1856. *Pal*, 1857, 481. París 7 de Mayo de 1856. *Pal.* 1857 645

antes de que se aboliese por la ley, y lo mismo en Inglaterra (1).

El Tribunal de Casacion de Nápoles, por rendir siempre tributo al principio de que las leyes que se refieren á la libertad individual corresponden al órden público, ha declarado que la disposicion del art. 759 del Código de procedimientos civiles, que suspende la ejecucion de la sentencia relativa á la ejecucion personal ó arresto, si sobre esto hubiese ocurrido recurso de casacion, deberia ser aplicable dicho artículo á una sentencia extranjera que se quisiera declarar ejecutoria en Italia del mismo modo que si se origina un recurso de casacion entablado en el extranjero (2).

*Condicion esencial para la eficacia de un contrato verificado en país extranjero* (§ 280).

Conforme al principio de que ningun contrato hecho en país extranjèro puede producir efecto, si con él se contravienen á los principios de órden público en el lugar en que se quiere hacer valer, se ha declarado en Francia que los seguros de flete no adquirido, aunque válidos en el país en que ha tenido lugar el contrato, no podria ser eficaz en Francia (3), y por la misma razon no se ha admitido sobre ésta la accion judicial para un mandato dado en vista de un objeto semejante, aunque el mandatario haya debido ejecutarlo en un país en donde estuviese permitido el seguro de flete no adquirido (4).

*Contrato para hacer el contrabando en perjuicio de un Estado* (§ 286).

El Tribunal de Marsella ha declarado que el convenio establecido entre un extranjero y un francés, para expedir mercancías que hayan de venderse en Francia, y con fraude

---

(1) Visttalaque, *privat. inter. law.* § 411, p. 391.

(2) Casacion de Nápoles. 6 de Diciembre de 1866. *And. de Juris*; 1866 á 1867, 1, 149.

(3) Rennes 7 de Diciembre de 1859, *Journ. de Mars.* 38, 2, 64. Remnez, 4 de Diciembre de 1857, *Jourd de More.* 1863, 2 189.

(4) Bordeaux, 15 de Febrero de 1859, *Journ. de Mars.* 37, 7, 73,

de los derechos de aduana de esta nacion, no es ilícito respecto al extranjero, de modo que no se le puede negar toda accion judicial con motivo de la no ejecucion de dicho convenio. Si en estas circunstancias, el comisionista francés, por el temor de las pesquisas de los empleados de la aduana, hubiese depositado las mercancías de contrabando en poder de un tercero, y éste las hubiese extraviado, aquél se consideraria como si las hubiese mandado por su cuenta, y tendria que pagar el importe á su corresponsal (1).

*Del procedimiento para hacer ejecutoria un acta admitida en país extranjero* (§ 290).

El Tribunal llamado á declarar ejecutoria en el reino un acta admitida en país extranjero, debe examinar si el acta es válida, en cuanto á la forma, segun la ley del país en que se ha redactado, y si esta ley establece un procedimiento particular, será necesario examinar bien si este procedimiento se ha observado. El exámen de las actas auténticas extendidas en país extranjero, tiene mucha analogía con el juicio de homologacion que debe emitirse antes de declarar ejecutorias las sentencias emanadas de los tribunales extranjeros; mas hay sin embargo notables diferencias entre unas y otras. El juicio de homologacion se devuelve por el Tribunal de apelacion. (Art. 941. Cod. proc. civ.); la fuerza ejecutoria de las actas auténticas establecidas en país extranjero; se comunica por el Tribunal civil del lugar en que el acto se ha debido ejecutar, y precede el juicio, por el que se conserven el doble grado de jurisdiccion y el recurso de casacion. El exámen de los juicios versa sobre el procedimiento observado ante el magistrado, y por consiguiente, sobre la competencia, la citacion de las partes, su presencia ó su falta de comparecencia. Para las actas auténticas, el exámen debe versar sobre el procedimiento observado en la estipulacion, y si los vicios de forma llevan consigo la nulidad, segun la ley del país en que el acta se ha redactado, es-

---

(1) Marsella, 17 de Enero de 1856. *Journ. de Mars.* 34, 1, 43.

tos vicios podrian invocarse por las partes interesadas, y
rian un obstáculo para la ejecucion (1).

*De la ley que debe regir la accion* (§ 291).

La jurisprudencia confirma la opinion aceptada por n
otros. A propósito de las mercaderías consignadas á un pu
extranjero y aseguradas en Francia, se ha dicho que la a
cion contra el asegurador por la averia debe regirse por
legislacion francesa, y que si las mercancias se hubiesen r
cibido sin protesta hecha en el término establecido por el a
tículo 435 del Código de comercio francés, la accion seria in
eficaz (2). Para hacer la excepcion inadmisible, no es sufi
ciente que el consignatario haya pedido un reconocimient
con el fin de hacer constar el estado de las mercaderías, si
ha omitido la protesta ante el cónsul ó embajador francés (3).
Y si el asegurador hubiese entrado en arreglos amistosos con
el asegurado conforme al reglamento sobre averías, no se
podrá presumir á este último privado del derecho de invocar
la excepcion por haberlo renunciado (4).

Los mismos principios se han aplicado á un contrato de
seguros hecho en Francia para mercaderías cargadas en
nave extranjera en un puerto extraño, y consignadas tambien á un puerto extraño. Se ha dicho que la accion contra
el asegurador deberia regirse por la legislacion francesa.» La
ley, bajo cuyo imperio se ha formado el contrato de seguros.
es decir la ley francesa, es la que debe regir la accion del
asegurado por averías en sus mercancías (5).

*De la ley que debe regir la prescripcion liberatoria* (§ 285).

Los juristas discuten siempre sobre la ley que debe regir

(1) Tribunal de apelacion de Nápoles, 7 de Julio de 1871. *Gaz. de Proc.*, 1871 á 1872, 294.

(2) Juicio arbitral de Marsella, 21 de Abril de 1821. Jour. de Mars., 1822, 2, 129. Marsella 18 de Setiembre de 1833. Jour. de Marsella, 14, 1, 216.

(3) Marsella, 16 de Enero de 1838. Journ. de Mars. 17, 1, 59.

(4) Bordeaux, 10 de Agosto de 1859. Journ. de Mars. 37, 2, 138.

(5) Rouen, 7 de Junio de 1856. Journ. de Mars., 34, 2, 148.

la prescripcion de las acciones, y la jurisprudencia es enteramente incierta.

Una consideracion particular se debe á la opinion de Troplong (1), que hace depender la prescripcion liberatoria de la ley del lugar en donde debia ejecutarse la obligacion, y esto es debido á que considera la prescripcion como pena de la negligencia del mercader que no ha reclamado á tiempo el reembolso de lo que se le debia. Esta opinion que la hallamos consagrada por la jurisprudencia en las cuestiones relativas á la letra de cambio (2), ha sido adoptada por el tribunal de Marsella (3) y por el tribunal de Aix, que ha dicho que «conforme á la doctrina más seguida, la prescripcion de extinguir una obligacion personal, depende de la ley del lugar donde debe ejecutarse un contrato.»

Además se puede observar que, si conforme á lo que dice Troplong, en el lugar en donde el mercader ha tenido la negligencia, es donde esta debe ser castigada por la ley, parece natural que no se debiera castigar dicha negligencia en exigir el pago, sino la negligencia en administrar justicia para obligar al deudor; en este caso, esto debe depender más bien de la ley del lugar donde debe administrarse justicia, porque este es el lugar en que se puede compeler á la ejecucion. Así es como en el terreno de los hechos lo ha declarado el Tribunal de Casacion de Francia, casando las sentencias citadas de Marsella y de Aix (4). «Tratándose de las acciones personales, las reglas de la prescripcion con las de la ley del domicilio del deudor, el cual, perseguido en virtud de la ley de su país, tiene el derecho de prevalerse de las disposiciones de esta misma ley, que pueden protegerle contra la accion de que es objeto.»

Sin embargo, en un negocio fallado por el Tribunal de Casacion, se trataba de un acreedor aleman establecido en

(1) Toplong. Prescripcion, núm. 38; Massé, *Derecho comercial*, t. I, núm. 559; Demangeat en Félix, *Derecho internacional privado*, t. I, p. 222, nota a.

(2) Paris 27 de Marzo de 1836. Pasicr.

(3) 20 de Diciembre de 1865. *Jour. de Mars*. 1866, 1, 36.

(4) 13 de Enero de 1869. Journ. de Mars. 1869, 2, 78.

Lóndres, en favor del cual un deudor francés habia contraido en Génova la obligacion de trasportar ciertas mercaderías á Lóndres; despues se habia unido una obligacion de garantía en Francia, y se habia originado la cuestion de prescripcion, porque se queria hacer valer la prescripcion para las cosas dadas en garantías. El Tribunal de Casacion creyó no deber aplicar la legislacion inglesa, es decir, la ley del lugar donde debia ejecutarse, y admitió que la prescripcion debia regirse por la ley del domicilio del deudor; esta última, en todo caso, coincidia con la del lugar en que habia nacido la obligacion de garantía. No se podrá, por consiguiente, considerar como resuelta la controversia sobre la ley que debe regir la prescripcion, si surge la cuestion acerca de la ley del domicilio del deudor y la del punto en que tiene lugar el juicio, ó la del país en donde la obligacion ha nacido.

M. Ballot, en un artículo de la *Revista práctica* (1), prefería la ley del lugar en que la obligacion nació, y esta opinion, aceptada tambien por nosotros, la hallamos adoptada por la jurisprudencia en las cuestiones de letras de cambio. El Tribunal de Argel ha declarado, en efecto, que los cambios verificados en el extranjero, entre extranjeros de la misma pátria, deben regirse por la ley de su país, principalmente en lo que se refiere á la duracion de la prescripcion, aunque el pago se haya reclamado ante un Tribunal francés (2). M. Labbé, por el contrario, combatiendo esta teoría, ha dicho: *La ley de la prescripcion es la ley de la accion*. La ley que otorga la facultad de reclamar en derecho, limita el ejercicio de esta facultad (3).»

Lo que en nuestro sentir es más necesario, en tan difícil cuestion, es preferir la ley más estable y menos sujeta á cambios, para no conceder á una parte la facultad de hacer peor á su voluntad la condicion de la otra, y esto no parece que puede obtenerse con la doctrina de M. Labbé. Dejando á un lado las leyes, que, como la francesa, conceden, sin justas razones en verdad, á un mercader francés, acudir á un ma-

---

(1) Tomo VIII, p. 383

(2) Argel 18 de Agosto de 1848. *Journ. de Mars.*, 28, 2, 75.

(3) Véase la nota sobre la sentencia del Tribunal de casacion francés del 13 de Enero de 1869. *Pal.*, 1869, 113.

gistrado de su país, antes de dirigirse al que sería competente por razon del contrato, es innegable que en asuntos comerciales son múltiples las autoridades competentes para sustanciar esta accion, y por esto es por lo que nosotros no podemos aceptar la teoría de M. Labbé. Por eso mismo nos hallamos dispuestos tambien á cambiar nuestra opinion primitiva y aceptar lo que hace depender la prescripcion de la ley del domicilio del deudor.

Aunque la primera opinion sostenida parece más lógica, la segunda, sin embargo, presenta menos inconvenientes en la práctica. Precisar el lugar de la obligacion, que es un ser ideal,es cosa muy difícil en muchos casos, y el mismo Savigny así lo ha reconocido. La obligacion puede resultar de actos subjetivos verificados en diversos lugares, y lo más frecuente, por convenios establecidos por cartas ó por telégramas, y se disputa siempre acerca del lugar en que viene á perfeccionarse un contrato por medio de cartas. Por otra parte, la obligacion se puede tambien considerar como una modificacion jurídica de la persona, y establecer su fuero en el domicilio del obligado, puesto que allí se ha establecido el fuero jurídico de la persona. El inconveniente práctico de esta opinion, es que el deudor, pudiendo cambiar de domicilio, vendria á hacer variable la ley de la prescripcion; mas, aunque en teoría esto sea sostenible, no parece que en la práctica el cambio de domicilio, que es por sí mismo un hecho embarazoso y difícil de cumplir, pueda reconocer por motivo el propósito de eludir la ventaja de una prescripcion más corta.

### *De la transaccion* (§ 305).

Los autores (1) y la jurisprudencia francesa (2) y belga (3),

---

(1) Véase Massé y Lainné citados en el texto; Pardessus, *Derecho comercial*, núm. 1.488; Fœlix, *Derecho internacional privado*, núm. 368; Boileux, nota sobre Boulaipaty, núm. 618; Renouguard, *Tratado de la quiebra*, p. 2, núm. 477. Véase Saint-Nexent, *Tratado de la quiebra*, número 466; Dalloz, *Repertorio*; V. Failliti, núm. 777.

(2) París 25 de Febrero de 1825, *Pasicr*. Bruselas 8 de Mayo de 1810, *Pasicr*., Tribunal del Comercio del Sena, 9 de Febrero de 1864. Dalloz, 1865, 3, 40.

(3) Gante 12 de Febrero de 1846. *Pasicr. belga*, 1847, 2,342. Bruselas 23 de Marzo de 1820.

están conformes en considerar la transaccion homologada en el país en que la quiebra se ha declarado como no opuesta en un tercer país contra los acreedores de la quiebra (1). En Inglaterra prevalece la máxima de que la obligacion podria considerarse como extinguida, si el deudor hubiere sido librado de ella conforme á la ley del país mismo en que ha tenido lugar el contrato de donde deriva la obligacion (2). La misma ley prevalece en América (3). El quebrado podria, pues, oponer en este punto el convenio homologado si los contratos y el cumplimiento de aquellos á que se quiere emplear se hubiesen verificado en el territorio mismo en que domina la ley conforme á la cual se ha homologado el convenio (4). No se debia, en verdad, establecer ninguna diferencia entre los contratos celebrados en la nacion y los celebrados fuera y entre los acreedores nacionales y extranjeros. El convenio homologado en debida forma, debia ser obligatorio para todos los comerciantes indistintamente, puesto que todos deben hallarse sometidos á las consecuencias jurídicas de la quiebra, conforme á la ley del país en que ha sido declarada. Solamente parece que, para que pueda oponerse en justicia en un tercer país, es necesario declararla ántes ejecutoria, y nosotros modificamos sobre este punto la opinion que anteriormente hemos manifestado.

La distincion que se ha querido establecer (5) entre los juicios extranjeros que se pretende ejecutar, y la que se invoca solamente con el fin de hacer constar ciertos hechos ó ciertas cualidades—como por ejemplo, la cualidad del síndico de la quiebra para poder exigir el reembolso de los créditos, la cualidad de curador, y otras semejantes—esta distin-

---

(1) Véase Fiore, *De la quiebra segun el Derecho privado internacional*.

(2) Lord Ellenvorough, Asunto Potter, ha dicho: «La regla es, que extinguida la obligacion en el país donde se hizo el contrato, se considera extinguida en todas partes.» (*Potter* c. *Brovon*, 5).

(3) Kent, *Comment. lect.*, 37, p. 392; Bel., *Com*, § 1.267, p. 691; Story, *Conflict of law*, núm. 335

(4) Véase Story, id., núm. 338 y sig.

(5) Macerata, 31 de Octubre de 1866; *An. jur.*, 66, 2, 156. Véase Carb., *Doctrina de la quiebra*, p 53.

cion, que se pretende establecer para venir á concluir en que la fórmula ejecutoria solamente es necesaria para los primeros y no para los segundos, parece á primera vista bien fundada; mas no es así cuando se examina bien la cosa. Se ha dicho, en efecto, que al juez pertenece la autoridad, el *imperium*, y que en el momento en que pronuncia la providencia en que se ordena ejecutar el juicio, ejerce actos de soberanía, y que, por consiguiente, la ejecucion coercitiva solo de las sentencias extranjeras, ofenderia la soberanía territorial; y de aquí se ha venido á concluir que, para esto, sola mente es necesaria la fórmula ejecutoria, con el fin de no prestarse á ejecutar una órden ó á reconocer un acto de autoridad en nombre de otra soberanía. Nos parece, por el contrario, que ningun acto de un magistrado debe ser eficaz fuera del territorio de la nacion, y que siempre es necesario obtener en un tercer país que el juicio sea ejecutorio.

Cuando ciertos hechos y ciertas cualidades han adquirido una existencia jurídica por la sentencia de un magistrado competente, este puede declarar eficaces estos hechos y estas cualidades en el país en que ejerce su autoridad y su jurisdiccion; más en un tercer lugar, respetando la regla *res judicata pro veritate habetur*, será siempre necesario examinar si este magistrado es competente, y si reconociendo su sentencia se origina de ello alguna ofensa al derecho ó al órden público interno de la nacion.

En Francia, en donde se considera como necesario examinar en el fondo los procesos, antes de declarar ejecutoria la sentencia extranjera (1), se establece una excepcion para los actos de jurisdiccion voluntaria de los magistrados extranjeros, y se ha dicho que se pueden llevar á ejecucion sin que préviamente sean examinados, puesto que en ellos no se resuelve en el fondo, sino que hacen constar la existencia de ciertos hechos, ó dan autoridad y autenticidad á convenios privados. Se aplica, pues, la regla *locus regit actum*, y se ha

(1) Cas. fran., 20 de Agosto de 1872 (Leroux). *Pal.*, 1872, 855. Pau, 17 de Enero de 1872. *Pal.*, 1872, 936. Tolosa 29 de Enero de 1872. *Pal.*, 1873, 193 y la nota que allí se encuentra. Véase Chambery, 29 de Junio de 1873. *Pal.*, 1873, 1 092. París 31 de Enero de 1873. *Pal.*, 1874, 203.

dicho que los actos válidos, segun la ley del lugar en que se han verificado, deben reputarse válidos en todas partes. Para nosotros, la solucion de la cuestion es diferente, pues sostenemos la regla *res judicata proveritate habetur* para todos los actos de jurisdiccion contenciosa y de jurisdiccion voluntaria; pero admitimos tambien que la soberanía territorial seria lesionada en su independencia, siempre que se quisiera hacer valer en otro país un acto de jurisdiccion extranjera, sin hacer preceder el juicio que nuestro Código llama de homologacion, que consiste en examinar si la autoridad judicial que ha pronunciado la sentencia es competente, y si esta sentencia contiene disposiciones contrarias al órden ó al derecho público interno del reino..

Si, por ejemplo, en el país en donde se ha declarado la quiebra se hubiese privado de concurrir ó de hacer oposicion al convenio á los acreedores extranjeros, ó si el convenio hubiese sido homologado por el magistrado sin el concurso de los comerciantes, ó si lo hubiese sido en un país diferente de aquel en que se ha declarado la quiebra, y se quisiera hacer valer este contrato en Italia, el magistrado italiano no podria decretar que fuera ejecutorio. Así es que el Tribunal de Casacion de Bruselas ha negado, con razon, la eficacia en Bélgica de un certificado de liberacion completa, obtenido sin el concurso de los comerciantes *du Chief commisioner. of insolvents* por un belga domiciliado en Lóndres y que pretendió despues impugnarlo en Bélgica. Lo mismo sucederia si el soberano acordara por rescripto un término ó prorogase el vencimiento del plazo ó concediese un salvoconducto al deudor (1).

Pero declerado ejecutorio el convenio, ¿seria eficaz á contar desde la fecha de la homologacion? Nosotros sostenemos la afirmativa, como manifestaremos más extensamente cuando se trate de la sentencia extranjera que declara la quiebra.

Ciertamente, si el quebrado hubiese sido negligente para ofrecer á sus acreedores la parte correspondiente del dividendo ó para hacer declarar ejecutorio el convenio, y si despues hubiese sido arrestado ó hubiese sufrido actos de procedi-

(1) Bordeaux 5 de Febrero de 1813. *Pasicr.*, véase Fiore, *De la quiebra*, etc., p. 103 y sig.

miento contra sus bienes ó contra su persona de parte de aquel que ignoraba la existencia del convenio, no podria reclamar indemnizacion por daños y perjuicios, pero una vez declarado ejecutorio, debe valer el convenio para practicar actos de procedimiento contra la persona y contra los bienes, y para hacer nulos los actos ejecutados, puesto que la declaracion de *bon à executer* acordada en el reino deberia tener, segun nosotros, un valor retroactivo. La fuerza ejecutoria dada no significa que en esto halla un nuevo juicio, y no se puede en verdad declarar ejecutorio lo que por sí mismo tiene ya autoridad de cosa juzgada. Admitida la máxima *res judicata pro veritate habetur*, la sentencia extranjera debe considerarse como existiendo por sí misma desde el momento en que se ha pronunciado, y la comunicacion de la fuerza ejecutoria debe entenderse como una declaracion de que nadie se opone al reconocimiento de su autoridad y eficacia en el reino.

*Imposibilidad física ó moral de exigir el pago* (§ 312).

Si se ha vendido una mercancía cargada en una nave determinada, y si, durante el viaje, se ha declarado la guerra entre la nacion á quien pertenece la nave y aquella á cuyo puerto se dirige, esto seria un caso de fuerza mayor, y el deudor quedaria exento de toda responsabilidad. Se ha declarado, sin embargo, que el mercader, en semejantes circunstancias, podria exigir, ó la entrega en el puerto intermedio en que se encuentra la nave, ó el trasbordo á otro buque, pagando los gastos de trasbordo ó el exceso de precio de flete. Si el comprador, despues de haber recibido del vendedor la notificacion de que la nave se hallaba detenida en un puerto intermedio á causa de la guerra sobrevenida, no ha declarado, ya que sea válida la liberacion en este puerto, ya que se obliga á soportar los gastos de trasbordo, la venta debe considerarse como rescindida por imposibilidad moral de efectuar la entrega (1).

*Aplicacion del principio locus regit actum* (§ 319).

La jurisprudencia ha aplicado constantemente la máxima

(1) Marsella 28 de Julio de 1859, *Journ. de Mars.*, 37, 1. 240.

*locus regit actum*, y nosotros señalamos como mereciendo una atencion especial el hecho de que esta máxima se haya aplicado:

A la forma de las escrituras privadas, para decidir si la indicacion en cartas es ó no por sí mismo necesaria (1);

A los usos en vigor en la plaza en donde se debe cumplir la obligacion y al modo de la ejecucion (2);

A la forma y al término para hacer la relacion en caso de avería, y á los certificados de que debe hallarse provisto el capitan para obligar á los aseguradores al pago (3);

Al modo de hacer el pago (4);

A la forma del contrato de comision (5);

Al reglamento de las averías (6);

A la constitucion de prenda por medio del endoso de la póliza de cargamento (7);

Al medio de hacer constar la negativa de a eptacion y de pago (8);

A los medios de prueba para declarar si las escrituras privadas han podido servir como hechos probatorios (9);

A los actos del estado civil (10);

A la prueba de la celebracion del matrimonio (11);

---

(1) Tribunal de Casacion de Nápoles, 30 de Marzo de 1866, *An. de jurisp.*, 1866 á 1867, 1. 229.

(2) Marsella 8 de Octubre de 1844, *Journ. de Mars.*, 1874, 1. 30.

(3) Bordeaux 6 de Mayo de 1861, y Casacion 1.° de Febrero de 1862. *Journ. de Mars.*, 1862, 2, 3 y 145.

(4) Génova 30 de Noviembre de 1860. *Cav.*, 1, 7, 15.

(5) Marsella 16 de Noviembre de 1864. *Journ. de Mars.*, 1864 1, 301.

(6) Livourne 16 de Julio 1834. *Nervin, Dec.*, 1, p. 5.

(7) Idem 17 de Setiembre de 1834. Idem n. 5, p. 32.

(8) Génova 22 de Junio de 1871. *Gaz. Proc.*, 71, 524.

(9) Casacion de Nápoles 30 de Marzo de 1866. *An. Jur.*, 1866 á 1867, 1, 329.

(10) Cas. franc 13 de Junio de 1865. Dalloz, 65, 1, 410. Aix 20 de Marzo de 1862, Dall., 263, 48. Cas. franc., 7 de Febrero de 1860. Dall., 60, 1, 1126.

(11) Bordeaux 14 de Marzo de 1849. Dall, 52, 2. 13. Cas. franc., 15 de Abril de 1861. Dall. 61, 1, 421. Cas. 12 de Junio de 1855; Dall. 55, 1, 389. Cas. 8 de Noviembre de 1853. Dall. 54, 1, 420.

A los actos verificados en Constantinopla, no obstante los tratados con la Puerta Otomana, y el privilegio de extranjería (1);

A las formas de los efectos mercantiles (2);

A la validez de los protestos (3).

A la necesidad del juramento para la eficacia de un reconocimiento de peritos (4).

A la forma en que debe verificarse el relato del capitan en el puerto de llegada (5).

*De la ley conforme á la cual debe juzgarse de la validez del contrato de matrimonio* (§ 320).

El Tribunal de Casacion de Francia, aplicando al contrato de matrimonio la máxima *locus regit actum*, ha considerado como válido un contrato de matrimonio hecho por documento privado entre un francés residente en los puertos de Levante (en Constantinopla) y un extranjero, y esto porque esta ley autoriza dicha forma. La ficcion de extranjería, ha dicho el tribunal, de la cual pueden gozar los franceses que residen en los puertos de Levante, no podria dar como resultado obligarlos necesariamente á seguir la ley francesa para la redaccion de actas extendidas en estas comarcas, y sobre todo cuando contratan con extranjeros (6).

Por las mismas razones el propio tribunal ha declarado válidos los pactos matrimoniales agredados despues de la celebracion del matrimonio siempre que hayan tenido lugar en España en donde son permitidos por la ley (7), y considera como irrevocable la donacion *propter nuptias* hecha en

(1) Cas. franc., sentencia citada, 18 de Abril.

(2) Cas. franc. 18 de Agosto de 1836. Dall., 57, 1, 39.

(3) Marsella, 20 de Febrero de 1837: *Jour. de Mars.*, decision citada.

(4) Marsella, 10 de Junio de 1872. Idem, 72, 1, 197.

(5) Rouen, 7 de Junio de 1856. Idem, 34, 2, 148.

(6) Cas. franc. 18 de Abril de 1865. Dalloz, 1865, 1, 342.

(7) Cas. franc. 24 de Diciembre de 1867. Pasicr. 68, 303. Veises agen. 13 de Marzo de 1850. Dalloz, 50, 3, 91.

casos semejantes conforme á las disposiciones de la legislacion española (1).

A falta de contrato de matrimonio, el principio adoptado por nosotros que el régimen de los bienes debe ajustarse á la ley nacional del marido, ha sido confirmado por un acta del Tribunal de Casacion de Aix, el cual ha declarado que, á falta del contrato de matrimonio, se debe presumir que el francés que ha casado con una extranjera en país extranjero ha querido adoptar el régimen de la comunidad legal (2).

En cuanto á los efectos jurídicos, en Italia, acerca de un contrato de matrimonio verificado en Inglaterra entre un italiano y un inglés, y con la cláusula de que la mujer no podria disponer de sus bienes dotales sin el consentimiento de sus administradores depositarios constituidos segun la ley inglesa, los cuales son poseedores y conservadores de los biones dotales, observaremos que si la mujer inglesa habiendo venido á ser italiana en virtud de su matrimonio quisiera, con la autorizacion del marido y sin el consentimiento de sus administradores, obligarse acerca de dichos bienes ó enajenarlos con la autorizacion del tribunal (art. 1.405 del Código civil italiano), su obligacion seria ineficaz para autorizar al acreedor á proceder contra estos bienes en Inglaterra, y la enagenacion de los mismos no tendria volor ninguno. Ya se trate de bienes inmuebles ó de muebles, la condicion jurídica de estos bienes y la eficacia de las acciones concernientes á los mismos, dependerá siempre de la *lex rei sitæ*. Pero si la mujer hubiese podido trasportar estos bienes á Italia, y si con el consentimiento del marido se hubiese obligado sobre dichos bienes, ó si los hubiere enagenado con la autorizacion de los tribunales, la ley inglesa y la falta de consentimiento de sus administradores no serviria para invalidar la obligacion ó la enagenacion, puesto que no se puede juzgar de la capacidad jurídica de una mujer casada con un italiano más que conforme á nuestra léy (3).

---

(1) Lug. cit.

(2) Aix, 18 de Agosto de 1870. Chambery, 19 de Junio de 1861. Dalloz, 1862, 5, 86.

(3) Véase Paris 4 de Agosto de 1852, Dalloz, 2. 315.

*De la ley que debe regir la letra de cambio* (§ 344 á 355).

Los principios expuestos en el texto, están conformes con los que se han adoptado por la jurisprudencia para la validez de la letra de cambio (1), para la regularidad del endoso (2) y para su eficacia en cuanto á la trasmision de su propiedad (3), para el término dentro del cual se debe proceder contra el endosante (4), y para las condiciones necesarias para poder exigir los gastos de cambio (5).

*De los recursos que se dan á falta de pago* (§ 356-360).

Las condiciones necesarias para no perder el derecho de poder proceder contra el librador, dependen de la ley del país en que la letra de cambio se ha extendido (6); las necesarias para poder proceder contra los endosantes, dependen de la ley del país en que el endoso ha tenido lugar (7).

Si el portador hubiese procedido contra el endosante extranjero en un país, y si hubiese podido citarlo despues ante un tribunal, se debe presumir, á ménos que haya prueba en contrario, que los procedimientos contra el endosante extranjero en un país se han verificado legalmente, y no se puede reclamar por la irregularidad del recurso (8).

El modo ordinario para hacer constar la negativa de pago

---

(1) Cas. frac. 18 de Agosto de 1856, *Pal.* 1858, 481. París 7 de Mayo de 1856 *Pal*, 1857 645. V. Cas. franc. 25 de Setiembre de 1829, Pasicr.

(2) Aix, 29 de Abril de 1844 *Journ. de Mars.* 23, 1, 116. Marsella, 6 de Octubre de 1858, Idem, 36, 1, 318. Cas., 18 de Agosto de 1856. *Pal*, 58, 1, 81. París 7 de Mayo de 1856. *Pal.* 57, 645.

(3) Aix, Sentencia citada el 29 de Abril.

(4 Idem, 5 de Febrero de 1832. Id., 13, 1, 281.

(5) Marsella, 6 de Noviembre de 1837. Id., 17, 1, 110.

(6) Cas. franc., 3 de Enero de 1855. *Pal*, 54. 645.

(7) Aix, 5 de Febrero de 1832. Id. 13, 1, 281. Véase Chambery, 25 de Noviembre de 1364. *Pal*, 65, 465.

(8) Marsella, 2 de Mayo de 1858. *Journ. de Mars.*, 20, 1, 213.

es el protesto y se determina conforme á la fecha de este acto cuando el portador debe considerarse decaido de su derecho contra los endosantes. Sin embargo, puede ocurrir que el protesto no haya podido verificarse por causa de fuerza mayor: en el caso, por ejemplo, en que el Gobierno extranjero hubiese establecido medidas sanitarias sin que los hubiesen podido tener de ello aviso los comerciantes. Se dice que el portador que, en semejante circunstancia se halla impedido el dia del vencimiento para protestar la letra, no perderá sus derechos, porque no se puede decir que por su falta se encuentre en tal situacion. Tal seria el caso en que el portador hubiese expedido la letra de cambio por mar, calculando el tiempo material necesario para la travesía sin tener en cuenta las eventualidades del retraso á causa del estado del mar ó de las medidas sanitarias (1).

La ley promulgada en Francia en 13 de Agosto de 1870, que prorogó el término para hacer los protestos, ha hecho surgir la delicada cuestion de saber si la próroga debe ser tan eficaz para los recursos que se dan contra los endosantes extranjeros en el sentido de que se debe considerar como prorogado el plazo para proceder contra ellos. La jurisprudencia ha sido vaga, y algunos Tribunales de Casacion se han decidido por la afirmativa (2) y otros por la negativa (3).

La doctrina del Supremo Tribunal de Leipzig y de los tribunales citados, confirma la opinion aceptada en el texto

---

(1) París, 25 de Abril de 1867 y Cas., 7 de Julio de 1862. *Pal.* 1863, 107.

(2) Tribunal de Cas. de Turin, 6 de Marzo de 1872, *Annjur.*, 1872, Tribunal Supremo de Austria, 28 de Mayo de 1872. *Gaz. Proc.*, 72 á 73, p. 299.

(3) Supremo Tribunal de Leipsig, 21 de Febrero de 1871.

*Jour. du trib.*, año 34, p. 43. Tribunal de comercio de Turin, 13 de Diciembre de 1870. Tribunal de comercio de Millan, 21 de Julio, 1 de Agosto, 16 de Noviembre, 30 de Diciembre de 1871. Tribunal de comercio de Brescia, 29 de Marzo de 1871. Tribunal de comercio de Roma, 29 de Diciembre de 1872. Tribunal de Turin, 14 de Enero de 1871. *Gaz. Proc.*, 1871 á 72, 141. Tribunal de Milan, 16 de Abril de 1872. *Gaz. Proc.*, 1872 á 73, 211. Tribunal de Génova, 27 de Junio de 1871.

(§ 359). Parece que la ley del lugar en donde se ha pagado la letra de cambio, es aplicable para el modo de exigir el pago y de hacer constar la negativa, para la forma en que la letra de cambio debe presentarse á la aceptacion y para la de hacer el protesto; pero el término para los recursos pertenece á la sustancia del derecho y de la obligacion, y no puede depender más que de la ley bajo la cual la misma obligacion se ha establecido.

El librador y los endosantes están obligados á garantizar solidariamente el pago, pero bajo ciertas condiciones, y su responsabilidad no puede estenderse más allá de lo establecido cuando ellos se obligaron. Una de las condiciones, es que el portador de la letra de cambio la presente para el pago á su vencimiento, que haga constar la negativa por medio de protesto, y que proceda contra los endosantes dentro de cierto plazo. Llevar la responsabilidad más allá de los límites establecidos por el contrato de cambio, equivaldria á cambiar sustancialmente la existencia de la obligacion de los endosantes. Se ha dicho que la ley francesa de 13 de Agosto de 1870, debia considerarse como una fuerza mayor, y esto es verdad, si se considerasen los efectos de la ley respecto á la posibilidad de proceder contra el pagador ó respecto á hacer el protesto, especialmente conforme al decreto posterior de 14 de Noviembre de 1870 que expresamente lo ha prohibido; pero, ¿se podria decir lo mismo si se considerasen los efectos con respecto á las relaciones entre el portador y los endosantes extranjeros? Atribuyendo á esta ley la autoridad de cambiar los plazos para recurrir contra los endosantes, se extenderia el imperio de la ley más allá de los límites del Estado en que ha sido promulgada.

La ley francesa deberla considerarse tambien como fuerza mayor para los endosantes extranjeros, los cuales no podrian oponer la falta de protesto. Si el portador ha presentado la letra de cambio al pago, y no ha podido hacer constar la negativa por medio del protesto, porque la ley vigente en el país se opusiera á ello, los endosantes deben respetar la fuerza mayor, puesto que el protesto que pertenece á los actos de ejecucion, debe regirse por la ley del lugar del pago, la cual obliga tambien á los endosantes. Si, pues, el portador que no pudiese proceder contra el pagador hubiese ejercitado la accion contra los endosantes, estos últimos no

podrian alegar la excepcion de falta de protesto y cuando el portador ha hecho constar la negativa de pago y la fuerza mayor por la que no ha podido hacer el protesto, se le debe permitir proceder contra los endosantes. La ley francesa, que podria con razon ó sin ella proteger al pagador francés poniéndole al abrigo de la reclamacion de su acreedor, no podria ciertamente proteger á los endosantes extranjeros, los cuales no pueden evitar la próroga para el retraso en el pago de la letra de cambio garantizada por ellos en equivalencia de las que ellos hubiesen cobrado; pero, por otra parte, no se podria pretender que su responsabilidad se extendiese más allá del tiempo por el cual se hubiesen obligado, y no se podria aplicar otra ley que la que originariamente ha dado forma á su obligacion.

*De la quiebra* (§ 367-368).

Los principios expuestos en nuestro tratado sobre los conflictos en materia de quiebra han sido desenvueltos más extensamente en un opúsculo impreso por separado (1), y vamos á añadir poco á lo ya dicho en el texto del opúsculo citado.

Las investigaciones más detenidas sobre la jurisprudencia francesa nos han convencido por completo de que en Francia no se reconocia como eficaz una sentencia extranjera declaratoria de quiebra. La sentencia extranjera no es allí considerada como un título suficiente para autorizar á los síndicos á practicar un embargo (2). Se ha acordado en compensacion practicar embargos contra el quebrado, y se han declarado válidos por los magistrados franceses (3). El Tribunal de Casacion de Aix y el de Francia, reconociendo tambien que debe ser única la liquidacion y única la accion en el caso de quiebra, han dicho que esta regla no tiene valor sino para las quiebras declaradas en Francia, y si el quebrado

(1) De la quiebra, segun el *Derecho internacional*, por Fiore.
(2) París 31 de Enero de 1873. *Pal.*, 1874, 203.
(3) Aix 15 de Marzo de 1870. *Journ. de Mars.*, 1870, 1, 219.

tuviese más establecimientos, no sería declarado por ellos teniéndolos en país extranjero (1).

En una sola sentencia de las que nosotros conocemos se hallan principios más liberales, como ha sucedido en el Tribunal civil de Marsella. Este Tribunal reconoce que es contrario al derecho y á la equidad crear, en provecho de cualquiera de los acreedores del quebrado, una situacion privilegiada; que no se deberia hacer esto en Francia bajo el pretexto de que el Tribunal extranjero que debe hacer la liquidacion puede reconocer los títulos de un francés; de aquí concluye que no se puede declarar válido el embargo hecho en Francia contra una sociedad francesa declarada en estado de quiebra ó liquidacion, y reduciendo, por consiguiente, á un acreedor francés á hacer valer sus derechos ante un tribunal inglés competente para la liquidacion (2).

Por lo que se refiere á la eficacia de una sentencia extranjera que ha declarado la quiebra, insistimos siempre en la opinion ya manifestada (3), que es contrario á los intereses mismos del comercio el limitar su eficacia al territorio del Estado en que ha sido dictada; que en tanto que haga constar la suspension de pagos y que en la misma se nombren los síndicos, deberá valer en todas partes; el mismo Tribunal que ha declarado la quiebra deberá proceder á la realizacion de los créditos; que la liquidacion deberá ser única con el fin de no colocar á ningun acreedor en una situacion privilegiada.

Nosotros sólo queremos ocuparnos más principalmente de la fuerza ejecutoria de la sentencia extranjera é investigar en qué tiempo es necesario declarar ejecutoria esta sentencia. ¿Cuáles son las consecuencias jurídicas de la sentencia extranjera no declarada todavía ejecutoria y de la que ya lo ha sido?

---

(1). Aix 28 de Agosto de 1871. *Journ. de Mars.*, 72, 1, 767. Casacion franc. 12 de Noviembre 1872. Id. 73, 2, 56.

(2) Tribunal civil de Marsella 27 de Febrero de 1872; *Journ. de Mars.*, 1872, 3, 75.

(3) Véase anteriormente capítulo 10 *De la quiebra*, en donde se hallan todos los principios que han sido más ampliamente explicados en la monografía publicada sobre el mismo asunto.

Los sistemas adoptados por la legislacion y la jurisprudencia de los diferentes Estados sobre la eficacia en un tercer país de una sentencia de quiebra como de cualquiera otra, pueden reducirse á cuatro:

1.° Se ha declarado que ninguna sentencia extranjera puede ser eficaz en otro Estado ni puede declararse ejecutoria si antes no se ha sometido á un segundo exámen, y si el proceso no se ha revisado en el fondo.

2.° Se distingue entre las sentencias extranjeras contra un ciudadano del Estado en que la ejecutoria se pide y las que se dan contra un extranjero. Se admite la revision de lo ya fundado y el nuevo exámen en el fondo para las primeras (salvo el caso en que el ciudadano, sin haber sido allí ejecutado, se hubiese sometido voluntariamente á la jurisdiccion extranjera). Para la segundas se considera el exámen de lo bien fundado como no necesario en interés de las partes, sino solamente para hacer constar que la sentencia reune todas las condiciones para ser verdadera y acomodada al asunto, y que no implica ningun ataque á los preceptos de órden público ó al derecho público en el Estado en que se quiere ejecutar.

3.° Sin ninguna distincion, se reconoce en la sentencia extranjera la autoridad de la cosa jnzgada; se declara, por otra parte, que es necesario antes de darle fuerza ejecutoria, examinar, no lo bien fundado de la demanda, sino si esta sentencia se ha dictado por un tribunal competente, si las partes se han citado debidamente, y si contiene algun ataque á los preceptos de órden público ó al de derecho público en el Estado en que se pide que se declare ejecutoria. Se admite, sin embargo, que la fuerza ejecutoria que se le atribuye no debe tener efecto retroactivo.

4.° Se distingue entre las sentencias que comprenden una ejecucion verdadera y propiamente dicha, y las que no sirven más que para hacer constar ciertos hechos ó reconocer ciertas cualidades. Se admite como en el tercer sistema que el exámen solo es necesario para los sentencias en que se demanda la ejecucion coercitiva, y se ha decidido que las otras deben valer áun en el caso de que no hayan podido ser declaradas ejecutorias.

Nos parece que debemos separarnos de los cuatro sistemas citados, puesto que no podemos, segun nuestras

convicciones, aceptar ninguno de ellos por completo.

En toda sentencia conviene distinguir perfectamente la autoridad de la cosa juzgada *judicium* de su fuerza ejecutoria, que es un verdadero acto de soberanía, puesto que se deriva del poder coercitivo del *imperium*. La verdad de la cosa juzgada deberia reconocerse en todas partes. «La administracion de justicia, dice Vattel, exíge necesariamente que toda sentencia definitiva dictada en debida forma sea tenida por justa y ejecutada como tal. Ocuparse en examinar la justicia de una sentencia definitiva, es atacar la jurisdiccion del que la ha dictado (1).»

Hoy, ménos que nunca, es el magistrado un funcionario del Gobierno, sino el ministro de la justicia. No está solo obligado á aplicar exclusivamente la ley territorial, sino la que rige la relacion jurídica interna con el objeto del proceso, y su decision es la verdadera ley de las partes que, ya en razon de la persona, ya por razon del contrato ó por otras consideraciones, se han sometido á su jurisdiccion. En cuanto á la fuerza ejecutoria de la sentencia, es evidente que no podrá tener valor fuera del territorio en que la sentencia se ha dictado, puesto que ningun acto de ejecucion puede permitirse en un país á nombre de otra soberanía. El imperio es absolutamente territorial, y lo mismo es en cuanto á la fuerza ejecutoria de la sentencia. Es indudable, por consiguiente, que admitiendo tambien que el principio *res judicata pro veritate habetur* no debe restringirse á los límites materiales del Estado en que la sentencia se ha dictado; la fuerza ejecutoria debe darse por la autoridad que ejerce la jurisdiccion en el lugar en que se quiere hacer valer la sentencia.

Mas ¿será necesario para esto la revision en el fondo y el exámen de lo bien fundado? Nosotros no lo creemos así, puesto que consideramos apoyado en poderosas razones lo que ha escrito Vattel: «que querer examinar la justicia de una sentencia definitiva, equivale á atacar la jurisdiccion del que la ha dictado;» á lo cual añadiremos con Pinheiro-Ferreira, que la máxima *rex judicata pro veritate habetur* significa «que se debe considerar la decision como el verdadero derecho de las partes.» La autoridad á quien se pide el

(1) Vattel, el *Derecho de gentes*, § 84, p. 61, edic. de Pradié Foderé.

*exequatur* deberá siempre examinar, en interés privado, si la sentencia que se quiere ejecutar es una sentencia verdadera y propiamente dicha; es decir, examinar si se ha pronunciado por un tribunal competente, segun la ley del lugar en que se ha dictado; si las partes han sido citadas debidamente y han estado legalmente representadas, ó si han sido legalmente declaradas contumaces, y si las consecuencias jurídicas de la ejecucion son contrarias á las leyes de órden público ó al derecho público del Estado en que se quiere ejecutar la sentencia. Semejante exámen es necesario, segun nosotros, tanto para las sentencias en que se reclama la ejecucion forzada en el reino, como para aquellas en que se invoca con el fin de hacer costar ciertos hechos y ciertas cualidades. Ningun acto de un magistrado extranjero deberá ser eficaz en el reino sin obtener antes el *exequatur de la autoridad competente* en nuestro Estado (1).

No se puede deducir de esto que el síndico de la quiebra ó el curador del incapacitado, ú otros semejantes, no puedan practicar actos de conservacion en un tercer Estado antes de que la sentencia se halla declarado ejecutoria, como lo ha decidido el tribunal de París (2). Nos parece que los juicios extranjeros, áun cuando no hayan llegado á ser ejecutorios, pueden siempre valer como actos probatorios; que el síndico de la quiebra puede, con solo el título de la sentencia extranjera que le nombra, practicar actos de conservacion, y que la falta del *exequatur* no podrá considerarse como un obstáculo para la citacion, encaminada á que se declare la validez y la confirmacion del embargo; mas antes que el magistrado haya juzgado de la validez del poder ó de la confirmacion del embargo, el juicio extranjero que ha declarado la quiebra y que ha nombrado los síndicos, deberia declararse ejecutorio.

Mas ¿cuáles serán los efectos de la fuerza ejecutoria? ¿Será la sentencia extranjera considerada como el verdadero derecho de las partes, á contar desde su fecha ó desde la fecha del *exequatur*? Nos parece que si el *exequatur* se ha acor-

---

(1) Tribunal de Casacion de Turin, 13 de Abril de 1867. *Cal.*, 7, 1, 19.

(2) París 31 de Enero de 1873. *Pal.*, 1874 y 203..

dado sin exámen de lo bien fundado, y sin revision en el fondo de la sentencia, deberá tener efecto retroactivo. No podríamos, en verdad, conciliar con nuestros principios la decision del Tribunal de Casacion de Turin, que, al decidir que seria necesario declarar ejecutorio un juicio extranjero de quiebra, ha dicho tambien que la fuerza ejecutoria no puede tener efecto retroactivo (1). Si la cosa juzgada existe en virtud de la sentencia extranjera, los derechos de las partes existen á contar desde la fecha de esta misma sentencia. ¿Cómo admitir, por consiguiente, que el *exequatur* no debe tener efecto retroactivo? Si conforme al art. 941 del Código de procedimientos italianos, la fuerza ejecutoria de las sentencias extranjeras se da por el tribunal de apelacion, la sentencia extranjera existe por sí misma, y no comienza su existencia á partir del *exequatur*; no empieza á existir sino para poder ser ejecutada. Nos parece, pues, evidente que el *exequatur* debe tener efecto retroactivo en cuanto á los derechos de las partes, los cuales resultaren de la cosa juzgada. En el sistema que exige la revision en el fondo ántes de acordar el *exequatur*, seria necesario sostener lo contrario.

De aquí concluimos, por consiguiente, que los derechos de las partes, las cualidades, los hechos que derivan de una sentencia extranjera, deben valer como tales, sin que importe el lugar, con la condicion, sin embargo, de que el juicio sea declarado ejecutorio para poder ser judicialmente eficaz en un tercer Estado. La fuerza ejecutoria deberia acordarse conforme al exámen hecho, en la forma expuesta anteriormente, y deberia tener efecto retroactivo.

*De la ley que debe regir la sucesion* (§ 394.)

Los autores y la jurisprudencia de los tribunales franceses admiten generalmente que la sucesion se abre en el domicilio del difunto; y que, segun la ley del domicilio, deben determinarse los derechos de los sucesores (2). Tambien

---

(1) Casacion de Turin, 13 de Abril de 1867, lc..

(2) Rion 7 de Abril de 1835. *Pasicr*, París, 13 de Marzo de 1850. *Pasicr*, 51, 2, 791, Bordeaux 16 de Agosto de 1845. Dall, 47, 245: Véase

para la sucesion de un francés que haya establecido su domicilio en país extranjero, se ha aplicado la ley del domicilio con preferencia á la ley francesa (1), y esto sucede especialmente para los bienes muebles (2), hasta el punto, que el Tribunal de Casacion de Francia ha declarado que en la sucesion de un francés domiciliado en país extranjero, los agnados son llamados á suceder, con exclusion de los cognados, puesto que así lo dispone la ley del país en que el francés está domiciliado (3).

En cuanto á los derechos de sucesion sobre los inmuebles, la máxima que prevalece es que deben determinarse segun la ley francesa, conforme á la regla general de que los muebles que existen en Francia se rigen por la ley francesa (4). Así, en el pleito *Etchevest*, contra Galharagua, en que se trataba de los derechos de sucesion de un hijo natural español, que concurria con otros hijos legítimos á la sucesion paterna, y que, segun la ley personal, no habria tenido derecho más que á los alimentos, se ha decidido que, en lo que se refiere á la sucesion de los bienes muebles, debia ser excluido conforme á la ley de su país, si bien respecto á los inmuebles existentes en Francia debia gozar de los derechos de sucesion que la ley francesa le concedia (5). Esta doctrina de que la ley francesa debe aplicarse exclusivamente para determinar los derechos de sucesion sobre los bienes inmuebles existentes en Francia se ha sostenido generalmente por los autores (6) y se ha confirmado por la jurisprudencia (7),

---

Rodier y *Revista de Legislacion*, t. I, 1850, p. 185; Chavot, *Sucesiones* sobre el art. 726.

(1) Cas. franc. 27 de Abril de 1868. *Pal.*, 68. 636. *Cas.*, 25 de Junio de 1866. *Pal.*, 65, 764. Véase Tolosa, 7 de Diciembre de 1063. *Pal.*, 64, 1184.

(2) París 13 de Marzo de 1850. *Pal.*, 50, 2, 436. París 25 de Mayo de 1852; 6 de Enero de 1862. *Pal*, 52, 7, 732 63, 68.

(3) Cas. franc., Sentencia citada del 27 de Abril.

(4) Besancon y Tribunal de casacion, confirmando el juicio del tribunal de Lons-le Saulnier, 31 de Marzo de 1865. *Pal.*, 68, 637.

(5) Pau 17 de Enero de 1872. *Pal.*, 77, 936.

(6) Marcadé, t. I, p. 73; Demolombe, t I, n. 90; Demangeat, *Condicion de los extranjeros*. Chavot. *Sucesiones*, art. 726; Rodier, l. c. t. I, 1850, p. 185 y sig.; Aubry y Rau, notas 45, 47, 48 y 50, sobre el § 31 de Zacarías.

(7) Cas. franc., 14 de Marzo de 1837. *Pasicr.*

conforme al principio que las leyes de sucesion son leyes reales.

La devolucion por sucesion y la particion de los bienes inmuebles dejados en Francia por un extranjero, muerto en Francia ó en el extranjero, se rigen exclusivamente por la ley francesa; poco importa que los herederos sean franceses ó extranjeros. En semejante caso se procede como si el extranjero hubiere dejado dos sucesiones completamente distintas, la una en Francia y la otra en su patria, obrando conforme al régimen de los bienes situados en Francia con abstraccion de los que haya dejado en el extranjero (1).

Como consecuencia de estos principios, los tribunales franceses se han declarado competentes para conocer y para practicar la particion de bienes inmuebles existentes en Francia, conforme á la ley francesa (2), y han decidido por regla general que las demandas sobre particion de bienes inmuebles situados en Francia y pertenecientes á la sucesion de un extranjero muerto fuera de este país debian presentarse ante el tribunal del lugar en que se hallan situados los bienes, y no ante el del lugar en que se ha abierto la sucesion (3). El artículo 3.° del Código civil,—ha dicho el tribunal de Colmar,—que somete á la ley francesa los bienes inmuebles existentes en Francia aunque poseidos por extranjeros, somete, por una consecuencia necesaria, los mismos bienes inmuebles á la jurisdiccion francesa, siendo el poder jurisdiccional como el poder legislativo, una emanacion de la soberanía. Por estas razones los tribunales franceses no han considerado el artículo 59, § 6.° del Código de procedimientos civiles, como aplicable á las sucesiones abierta en país extranjero ni á las acciones que derivan de estas sucesiones, y aplican el artículo 14 del Código civil para las acciones personales (4), y el art. 3 del mismo Código á las acciones sobre los bienes inmuebles situados en Francia (5). Por el contrario, para las

---

(1) Zacarías, *Curso de Derecho civil*, § 34, p. 104, edic. de 1867.

(2) Merlin, *Repert.*, v. competencia, § 2, n. 9. Pigeau, l. 2, p. 1, t. II, c. 1, Cas., 14 de Marzo de 1837. Pasicr.

(3) Colmar 12 de Agosto de 1817. Pasicr.

(4) París 17 de Noviembre de 1834, Pasicr. París 11 de Diciembre de 1847. Dall., 1848, 2, 49.

(5) Cas. franc., 10 de Noviembre de 1347. Dall., 48, 1, 38,

acciones y la particion en la sucesion de un extranjero muerto en Francia, se han declarado competentes para conocer tambien de la particion de los bienes muebles, si el extranjero tiene allí su domicilio, é incompetentes si no llena este requisito por causa de la distincion entre la sucesion de bienes muebles, que se rige por una ley única, y la sucesion de bienes inmuebles, que se rige por la *lex rei sitæ* (1).

En las decisiones más recientes que conocemos se ha establecido como máxima que la sucesion de bienes muebles de un extranjero debe regirse por la ley nacional (2). Por otra parte, conviene notar que en todos estos juicios el domicilio coincidia con la nacionalidad, de tal modo que no se puede afirmar que la jurisprudencia reciente haya adoptado la máxima de determinar que se rija la sucesion de bienes muebles de un extranjero por su ley nacional. En el juicio ya citado del tribunal del Havre, se admite tambien que si un extranjero tiene su domicilio legal en Francia, la sucesion de sus bienes inmuebles tendrá la devolucion conforme á la ley francesa (3).

Nos parece oportuno manifestar que el juicio del tribunal del Havre, ni inaugura una importante reforma en el sentido liberal y progresivo, y si las principales doctrinas que han motivado esta sentencia se hubiesen adoptado en la jurisprudencia francesa, y si como siempre no la hubiesen interpretado despues de diverso modo, por el celo exagerado en proteger los intereses de sus nacionales, el mérito de este progreso justamente perteneceria á los doctos y sábios magistrados que han tomado como fundamento de su decision principios racionales, y que han dejado á un lado los criterios tradicionales de la antigua escuela.

En Italia, antes de la publicacion del Código civil, prevalecía la máxima de que los bienes inmuebles en la sucesion *ab intestato* debian ser regidos, segun la *lex rei sitæ*

---

(1) París 13 de Marzo de 1856. *Pasicr.*, 51, 2, 791. Rion, 7 de Abril de 1835. Pasicr.

(2) Lyon 21 de Junio de 1872. *Pal.*, 72, 900. París 14 de Julio de 1871. *Pal.*, 1871, 505. Pau., 17 de Enero de 1872, Pal., 72, 936. París 29 de Julio de 1872. Pal., 73, 690.

(3) Sentencia citada.

(1), y los bienes muebles, segun la ley personal; más nuestro Código, teniendo en cuenta los progresos de la ciencia moderna, ha hecho una importante y atrevida innovacion, y ha dispuesto que la sucesion debe regirse por la ley nacional de la persona, sea cualquiera la naturaleza de los bienes, así como el país en que se hallen situados. En la apli cacion del art. 8.° del Código civil se podria dudar, si abriéndose la sucesion en Italia, los derechos de los que puedan suceder y el órden de la sucesion deben regirse por la ley nacional del difunto, aun en la hipótesis de que los bienes inmuebles hereditarios se hallasen situados en un país extranjero en que rigiese una ley diferente. El Tribunal de Casacion de Turin, ha dicho en el pleito Pallavicini contra Garotti, que el legislador italiano, adoptando por primera vez el liberal y generoso principio de que el patrimonio, como ser ideal,—*univesitas juris,*—es indivisible como la persona, y por consiguiente, que la ley de la sucesion debe ser única, ha dado un admirable ejemplo y un motivo de emulacion á los demás legisladores para seguirle en este camino, aun cuando no pueda pretender imponer á los demás Estados una innovacion legislativa tan atravida (2); principios fuera de toda controversia, que nosotros sostenemos, aun en en el caso de que se discuta sobre la influencia que pudiera tener nuestra ley en las reformas legislativas que se verifican en los demás países, pero no sirven de nada para resolver la controversia expuesta por nosotros, y sobre la cual el Tribunal de Casacion antes citado estaba llamado á resolver.

Nuestros legisladores, consagrando el principio de que la sucesion se rige por la ley nacional de la persona de cuya sucesion se trata, ha dado á los jueces italianos una regla cierta, segura, inequívoca, para determinar la medida de los

---

(1) Véase las sentencias del Senado de Génova del 22 de Junio de 1838. *Gerbasoni*, p. 222; 5 de Julio de 1845 *Mantelli*, X 111, 450. Rota romana 29 de Abril de 1839. (Carradori). Senado de Casale 21 de Mayo de 1832. *Mantelli*, V, 5, ap. Senado de Niza 21 Noviembre 1842. *Mantelli* X 11, 322. Cagliari 13 de Abril de 1853, *Bettini* 53, 7, 273. Génova 7 de Abril de 1856. *Bettini* 56, 2, 466. Tribunal de Casacion de Turin 10 de Mayo de 1858. *Rac. Cas.* 1858, 226. Casacion de Milan 20 de Marzo de 1862. *Rac. Cas.* 67, 1, 156.

(2) 22 de Diciembre de 1870. *Gas. Proc.* 1871 á 72, p. 40.

derechos necesarios, y la validez intrínseca de las disposiciones testamentarias. En cualquier lugar que se hallen los bienes, nuestros magistrados no pueden juzgar de los derechos necesarios más que conforme á la regla de la ley nacional del *de cujus*, puesto que nuestros legisladores designan esta ley en términos claros y que excluyen toda duda é interpretacion, como única regla de la sucesion. Ciertamente que no pertenece á nuestros magistrados aplicar la ley del lugar en que los bienes se hallan, y no deben preocuparse de los obstáculos que su sentencia puede encontrar en el lugar en que ha de ejecutarse.

El Tribunal de Casasion de Turin, afirmando de una manera absoluta que los magistrados no deben redactar sentencia que saben *a priori* que no se puede hacer ejecutoriar, ha establecido una máxima que nosotros no podemos aceptar. Todo el mundo sabe que los magistrados no tienen el medio de hacer ejecutar más que las sentencias ejecutorias en el reino, y que la fuerza ejecutoria de aquellas que se han de cumplir en país extranjero, se la dá el magistrado de aquel en que la sentencia debe ponerse en ejecucion. Ateniéndose, pues, al texto de la decision, se deberia concluir que los magistrados italianos no deberian nunca dictar sentencias ejecutorias para país extranjero, puesto que saben *a priori* que no tienen los medios para hacerlas ejecutar. Más no pudo ser este pensamiento del Tribunal. Este quiso, segun sus palabras, hacer alusion á los obstáculos que podrian encontrarse en la ejecucion de la sentencia: más, aún en este caso, parece que no se distinguió bien lo que pertenece á la eficacia de aquella, y lo que corresponde á lo bien fundado de la decision. Los derechos de las partes, tal como estos se hallan determinados por el tribunal competente, no son siempre reconocidos, despues en un tercer país en que se quiere hacer valer la sentencia; pero esto solo significa que las sentencias dictadas en un país, no son siempre eficaces en otro, y esto no influye en nada sobre la decision en el fondo, la cual debe apoyarse en la ley que determina por sí misma la relacion jurídica interna, con lo que se haya en cuestion, y no sobre la ley del país en que se quiere despues ejecutar.

Se nos podria decir que nuestros legisladores, habiendo establecido en el art. 7.° que «los bienes inmuebles se hallan

sometidos á las leyes del lugar en que se encuentran situados.» Implícitamente han declarado que si los bienes inmuebles hereditarios estuviesen situados en un país regido por una ley diferente de la nuestra, los derechos sobre los bienes inmuebles existentes en este país deberian apreciarse segun esta ley.

Volviendo á lo que ya hemos dicho anteriormente sobre la interpretacion del art. 7.° (1), estimamos oportuno añadir que con esta disposicion ha querido el legislador excluir la aplicacion de las leyes extranjeras contrarias á las nuestras para los derechos sobre los bienes inmuebles existentes en Italia, y no llamar á nuestros magistrados á aplicar leyes contrarias á las nuestras á los bienes inmuebles existentes en otros Estados. Si en la particion de una herencia, haciendo aplicacion de la *lex rei sitæ*, hubiese lugar á excluir para los bienes inmuebles situados en país extranjero á los que fuesen llamados conforme á la ley nacional del difunto, nuestro Gobierno no tendria razon para quejarse de una negativa de justicia con arreglo á sus miras, áun en el caso en que los individuos excluidos fuesen ciudadanos italianos, y entonces llegaria el caso de decir, con razon, lo que él ha dicho al Tribunal de Casacion de Turin: que el legislador italiano no puede pretender imponer á los demás Estados una innovacion legislativa tan atrevida. Los interesados, por otra parte, no podrán suscitar cuestion sobre daños y perjuicios si han sido excluidos con menosprecio de la particion hecha por el magistrado italiano, ni pedir de los bienes existentes en Italia una parte igual á la de que han sido excluidos en país extranjero, puesto que se podria invocar con razon la máxima sancionada por el art. 7.° para venir á concluir en que, si los bienes inmuebles se hallan situados en país extranjero, y la ley territorial admite principios diferentes, nosotros no podemos pretender que se apliquen allí nuestras leyes (2).

---

(1) Véase anteriormente en este apéndice las observaciones al artículo 7 del Código civil italiano (§ 196).

(2) Critícase la disposicion de nuestro Código civil, porque concede á los extranjeros derechos de sucesion segun la ley de su país, sin reservar un tratado recíproco para la sucesion de los italianos en los Estados á que aquellos pertenecen. Esta crítica no es ciertamente

Si, por el contrario, la sucesion de un italiano se hubiese abierto en el extranjero, y segun la ley en vigor en este país, conforme á la cual, por ejemplo, la ley del domicilio se considerase como ley que regiera la sucesion, se aplicarian diferentes principios de los sancionados por nuestro legislador, y para el órden de suceder, y para la medida de los derechos sucesorios, la particion hecha por el magistrado extranjero seria ineficaz para los bienes inmuebles y para los muebles situados en Italia, respecto á los cuales se invocaria el artículo 7.° para concluir, que la sucesion sobre los bienes inmuebles de un italiano situados en Italia, áun en la hipótesis de que la sucesion se hubiese abierto en país extranjero, no puede regirse mas que por nuestra ley.

Si los bienes inmuebles hereditarios están situados en países diversos, se puede suscitar la cuestion de saber si el tribunal del lugar en que existen los bienes es competente para conocer de las acciones de peticion y particion de la herencia. La máxima de que el juicio debe ser único para decidir

---

fundada. La conducta de un Estado no puede justificar que la de otro Estado sea contraria al derecho y á la justicia, y no podrá legitimar en las relaciones internacionales las represalias en perjuicio de los particulares, represalias que son la inevitable consecuencia del sistema de reciprocidad. El inconveniente, muy grave, de la desigualdad de trato, deberia más bien llevar á todos los Estados á establecer reglas uniformes y recíprocamente obligatorias que rigiesen las sucesiones de los extranjeros. En el estado actual de las cosas, incumbe á nuestro Gobierno asegurar á los italianos, por medio de tratados, los derechos de sucesion que les da su propia ley. Hánse hecho algunas tentativas, pero siempre infructuosas, como aconteció recientemente con el Gobierno austro-húngaro. En casi todos los tratados se ha hablado extensamente de las formalidades que deben llenarse cuando se abre la sucesion de un extranjero; pero en lo que concierne á la sustancia de los derechos de sucesion, no hay disposicion alguna, si se exceptúa un corto número de tratados, entre los que se encuentra el ultimado entre Italia y Túnez en 24 de Setiembre de 1868, cuyo artículo 22 dice que «las donaciones y las sucesiones, áun teniendo por objeto los bienes inmuebles, son regidas con arreglo á las leyes italianas ó tunecinas, segun que el donante pertenezca á una ú otra nacion.» Análogas disposiciones existen en el tratado de Italia con la República de Nicaragua, 6 de Marzo de 1868. Art. 17.

las controversias en materia de sucesiones nos ha sido trasmitida por los sábios jurisconsultos romanos. Estos consideraban como de una utilidad comun resolver las cuestiones entre muchas personas por el mismo juez, aunque no fuese competente conforme á las reglas ordinarias, y, haciendo aplicacion de esta regla general á los litigios sobre la particion de bienes hereditarios, admitian que el juez para juzgar de ellos debia ser único: «*si interplures familiæ erciscudœ agetur, et inter cosdem communi dividumdo ..... eumdem judicem sumendum* (1).» Las leyes modernas han adoptado este principio, y mientras que los romanos, decidiendo que el juez debia ser único, dejaban á la facultad del demandante el someterse al magistrado del lugar en que se hallaban los bienes hereditarios ó al del lugar del domicilio del demandado (2), nuestros legisladores, quizá con la intencion de hacer más fácil la defensa y oponer ménos dificultades y ocasionar ménos costas en el proceso, han designado al magistrado del lugar en que se abre la sucesion, como el solo competente para los incidentes á que pueda dar lugar la sucesion (3).

No hay duda que si un extranjero se halla domiciliado en Italia y allí se encuentran todos sus bienes, el artículo 94 del Código de procedimientos italianos sería aplicable para determinar el magistrado competente en las cuestiones relativas á la sucesion; pero si los bienes hereditarios existiesen en paises diferentes, la solucion no parecería igualmente cierta.

El tribunal de casacion de Nápoles ante el cual se ha discutido esta cuestion en el pleito Mustiel, ha dicho que si la jurisdiccion en materia de acciones de herencia no se halla concentrada en los magistrados del país en que la sucesion se abre, no ocurrirá el impedir que los derechos sucesorios sean apreciados conforme á diversas leyes, y se volverá al

---

(1) L. 1, Dig. de quibus rubus, adetendem i.

(2) Leya única Cód. abi de hereditatœ hagaturd.

(3) Código de procedimiento sardo, art. 22; Código de procedimiento de las Dos Sicilias, art. 151; Código de procedimiento francés, art. 59, id. id. italiano, art. 94.

antiguo principio de que en tal caso hay tantas herencias como territorios. Más parece que el tribunal de casacion de Nápoles no ha tomado en la debida consideracion un postulado incontestable, á saber, que las leyes de un Estado no pueden tener valor más que en el territorio á donde se estiende su soberanía, y que el legislador italiano no ha pretendido ni ha podido pretender obligar á los magistrados de todos los paises á considerar la sucesion como un todo ideal indivisible como la persona.

Si examinamos las diversas fases por que ha pasado la cuestion de los derechos sucesorios de los extranjeros, hallamos en primer término que los bienes han sido declarados vacantes y se han adjudicado al Estado en cuyo territorio se encontraban por el derecho de albinagio; posteriormente, habiendose igualado á los extranjeros con los ciudadanos en el ejercicio de cualquiera de sus derechos, se les ha concedido la facultad de recibir y de trasmitir; sin embargo, el Estado, que ha dejado de apropiarse los bienes de los extranjeros, ha pretendido arreglar la sucesion por sus propias leyes y resolver por medio de sus magistrados las cuestiones sobre los bienes existentes en su territorio. A esta regla absoluta se ha introducido despues una excepcion para los bienes muebles, para los cuales se ha admitido solamente la aplicacion de la ley personal del difunto.

El legislador italiano ha introducido una innovacion atrevida y liberal, sosteniendo que la ley de la sucesion debe ser única, puesto que el patrimonio del difunto es una unidad ideal indivisible como la persona. Con está máxima, nuestro legislador ha dado un motivo de emulacion á los demás para que le sigan en la via del progreso; pero esto, aunque haya estimulado, no ha producido todavía sus efectos, y no hay medio de obligar á los demás Estados á considerar la sucesion como un todo ideal regido por la ley personal del difunta. En tal estado de cosas, ¿podemos adherirnos á lo que ha dicho el tribunal de casacion de Nápoles? Nos parece que no. Si la sucesion se ha abierto en el extranjero, y si el magistrado, aplicando la ley territorial, puesto que en el país la ley de sucesion será considerada como real, hubiese excluido de la herencia á los que allí fuesen llamados conforme á la ley nacional del difunto, ¿se debería en semejante caso negar á los excluidos los derechos de sucesion aun respecto á

los bienes inmuebles existentes en Italia? Si conforme al artículo 7.°, de nuestro Código civil, los bienes inmuebles están sometidos á las leyes del lugar en que se hallan situados, y sí conforme al art. 8.° los derechos de sucesion deben regirse por la ley nacional de la persona de cuya sucesion se trata, ¿cómo se podria negar á los que han sido excluidos el someterse á nuestro magistrado para que se le reconozcan sus derechos hereditarios, al ménos sobre los bienes inmuebles existentes en el reino? Es una necesidad que esta ley sea respetada para la particion de bienes inmuebles existentes en el país en que se abre la sucesion, pero no debe suceder lo mismo para los inmuebles existentes en nuestro Estado.

Supongamos, por el contrario, que la sucesion se ha abierto en Italia, y que parte de los bienes inmuebles existen en un país extranjero en donde la máxima de que la ley de sucesion es real se halla en vigor; supongamos tambien que se quiere que nuestro magistrado reconozca los derechos sobre estos inmuebles conforme á la ley vigente en este país. Si se admite la doctrina del tribunal de casacion de Nápoles, se deribaria de aquí que el magistrado italiano seria el solo competente y que por efecto del principio de que los bienes inmuebles se hallan sometidos á la ley del lugar en que se estan situados, se deberian apreciar loa derechos de los que puedan suceder conforme á la *lex rei sitæ*. Pero esto produciría una gran confusion de principios. Nuestro magistrado solo puede apreciar los derechos de los que pueden suceder conforme á la ley nacional del difunto, sin preocuparse de si las leyes del país en que se hallan los bienes son conformes ó diferentes; y si se admite, por el confrario, el principio *tot hereditætes quot territoria*, será necesario en tal caso someterse á este magistrado, el cual será competente segun esta ley para las acciones de sucesion relativas á los bienes inmuebles allí existentes. Por esto es, pues, por lo que la jurisprudencia francesa aplica el art. 59 á las sucesiones que se abren en Francia cuando los bienes se encuentran allí, y por esto considera las sucesiones abiertas en el extranjero como sometidas á disposiciones especiales (1).

---

(1) Bonfils, De la competencia de los tribunales franceses n. 36 al 40.

En Francia, aun las disposiciones testamentarias de un extranjero se aprecian conforme á la ley de su domicilio (1), pero relativamente á los bienes inmuebles que allí se encuentran, los tribunales franceses se han declarado competentes para interpretar el testamento de un extranjero aun en un sentido contrario al de la autoridad llamada á hacer ejecutar en el país en que se abre la sucesion (2). Se ha dicho tambien que las sentencias contrarias del tribunal francés y del tribunal extranjero sobre la interpretacion de la disposicion testamentaria deberán ser ejecutadas cada una acerca de la parte de los bienes del testador existentes en el territorio respectivo de los dos paises (3).

Concluimos, pues, que en tanto que dure la condicion escepcional de la diversidad de los sistemas legislativos, no se podrá aplicar en todos los casos el art. 94 del Código de procedimientos civiles, y convendrá determinar la competencia por reglas escepcionales.

Notaremos que lo mismo para la sucesion que para todas las demás relaciones jurídicas que puedan regirse por la ley nacional del extranjero, la prueba de la nacionalidad ó la prueba contraria deberán hacerse por el qne reclame ó el que se oponga á la aplicacion de la ley extranjera (4). A falta de pruebas suficientes, la posesion de estado podrá valer (5). como prueba de la nacionalidad. y deberá dejarse al juez una gran latitud en la apreciacion. Si no se puede apreciar de ninguna manera la nacionalidad det difunto, y si la sucesion se hubiese abierto en Italia, nos parece que se debería admitir nuestra ley como la sola que podrá regir los derechos de los que pueden suceder. Conforme á la doctrina de los sábios jurisconsultos romanos, cada cual está sometido á la ley de su pátria (*lex originis, lex civitatis*), no á la del domicilio; más cuando el individuo no era ciudadano de ninguna ciudad determinada, se le hacía depender su ley personal

(1) París 1.° de Febrero de 1836. Jurisp. 36, 2, 173, etc.

(2) Cas. franc. 10 de Noviembre de 1847, Dall. 1848, 1, 38.

(3) Magnin, *Minoría*, t. I, n. 5.

(4) Veáse Zacarias. § 69, Demolombe, I. 172.

(5) Véase una sentencia del 30 de Mayo de 1834, del Tribunal de Casacion. Dall, 1834, I. 172.

del domicilio (1). La aplicacion de la ley pátria puede justificarse cuando el indivíduo tiene una nacionalidad determinada.

---

(1) Savigny, Tratado de Derecho Romano, t. VIII, § 355. Wheaton, *Conflit of Law*, cap. 2, p. 21. Véase anteriormente § 46.

# APÉNDICE II. [a]

## JURISPRUDENCIA ALEMANA

SOBRE

## DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO,

POR E. SACHS (1).

DERECHO EN LAS COSAS.—*Lex rei sitæ.*

1. *Sentencia del 7 de Junio de 1872 (t. VI, p. 299). Aplicacion de la «lex rei sitæ» á las pretensiones sobre cosas muebles.*

Hé aquí el caso: domiciliado en Bohemia el remitente de una mercancía con destino á Lóndres, supo que su destinatario inglés habia quebrado, mientras que la mercancía estaba aún en camino y se hallaba en manos de un comisionista en Hamburgo. ¿Podia aquél ejercitar contra éste el derecho de reivindicacion, ó podia paralizarse la accion por un derecho legal de retencion perteneciente al comisionista por lo que le debia el destinatario? La cuestion se decidió en favor

---

(a) Los tres últimos apéndices corresponden exclusivamente á la edicion española.

(1) Tomado de la *Revue du Droit international*, t. VI, págs. 23 y siguientes.

del derecho de reivindicacion del remitente, en virtud de las prescripciones de la ley sobre quiebras, vigente en Hamburgo. Es esta una decision que, por razon del carácter internacional del Derecho de *stoppage*, así como por los excelentes y convincentes motivos en que se apoya, y por último, por su conformidad con las prescripciones de las leyes comerciales francesas, inglesas y norte-americanas, merece llamar la atencion general.

2. Encuéntrase, además, otra aplicacion particular de la *lex rei sitæ*, en la sentencia del 26 de Abril de 1872 (t. VI, página 80). El § 10 del Código civil de Sajonia dispone, conforme á la manera de ver más reciente (1), que los derechos sobre las cosas muebles deben ser, lo mismo que los derechos sobre las cosas inmuebles, regidos por la ley del lugar en donde se hallan situados. Sucedió, pues, que un bajel, cuyo propietario habitaba en Torgau (Prusia), y cuyos papeles de á bordo emanaban todos de la autoridad prusiana, tocó, en el curso de su viaje, en Dresde. El bajel fué allí embargado á instancia de un comerciante sajon, á fin de hacer efectivo un crédito que le pertenecia: verificóse, pues, la ejecucion sobre el bajel, quedando en poder del acreedor, con arreglo á los principios del Derecho sajon, como prenda subsidiaria (*pignus judiciale*). Pero en este momento intervino un tercero, alegando que el bajel le estaba ya antes dado en prenda en Torgau, con arreglo á las formas autorizadas aquí por la ley, para responder á un préstamo, y declaró que por este motivo se oponia á la ejecucion subsidiaria. El Tribunal Supremo admitió esta oposicion, fundándose en las consideraciones siguientes: la *lex rei sitæ* no es, respecto de los buques, la del lugar en que se hallan éstos en el momento en que se invoca un derecho real; además, los bajeles que navegan por los rios tienen, lo mismo que se admite tiempo há respecto á los buques marítimos, un cuasi domicilio en su *puerto de origen*, que constituye el punto central de sus relaciones jurídi-

(1) El Tribunal Supremo es de parecer que, esta manera de ver se halla en oposicion con las prescripciones de las legislaciones prusiana, austriaca y francesa. Este parecer no es exacto, sin contar que el Derecho francés no contiene ninguna prescripcion sobre la colision de estatutos en materia de derechos reales sobre las cosas muebles.

cas. Este puerto de orígen, que es, en el caso presente, Torgau debe ser considerado como el *lugar de la situacion de la cosa*, y por consiguiente, no es el derecho sajon, sino el derecho prusiano, el que debia aplicársele como *lex rei sita*. Ahora bien, segun el derecho prusiano, el de la prenda reclamada por el tercero que intervino, está perfectamente fundado.

En esta decision, es necesario notar bien, y ha sido expresamente indicado en los considerandos, que no se trataba en manera alguna del *conflicto* de dos derechos de prenda, ni de la cuestion de averiguar con arreglo á qué derecho debia resolverse semejante conflicto; porque el derecho sajon y el prusiano están de acuerdo en admitir que, por la ejecucion subsidiaria no desaparece en realidad un derecho de prenda precedentemente establecido, y que el acreedor, que obtiene *bona fide* de su deudor una prenda sobre una cosa ya pignorada, no puede comparársele á aquel que adquiere un *pignus judiciale* sobre la cosa ya constituida en prenda. La cuestion pues, de saber si para los bajeles que hacen su navegacion por los rios, debe considerarse como *lex rei sitæ* la del puerto de orígen, ó la de aquel en que se encuentran accidentalmente—cuestion que parece lleva consigo una solucion diferente, segun que la ley del puerto donde se halla tiene más ó ménos en cuenta la buena fé en la adquisicion de derechos reales sobre inmuebles, no estaba del todo clara su solucion en el caso actual. Lo que sí parece decisivo, es la consideracion de que la prenda convencional habia sido válidamente constituida con arreglo á la ley del lugar en donde el bajel se hallaba cuando se habia constituido esta prenda; que por consecuencia, habia la nave llegado á Dresde gravada con aquel derecho, y no pudo nacer un nuevo derecho de prenda que tuviera por efecto, aún colocándose solo bajo el punto de vista del derecho vigente en esta última ciudad, destruir el primer gravámen. Mas no podrá admitirse ni el principio, reconocido por esta sentencia, de que los buques fluviales deban ser considerados, lo mismo que los buques de mar, como inmuebles, ni las consecuencias que de aquí deduce la sentencia.

## II.

### DERECHO DE LAS OBLIGACIONES.

En lo que concierne á la cuestion de saber con arreglo á qué ley deben determinarse el tenor y la eficacia de una obligacion convencional, las decisiones del Tribunal Supremo han versado principalmente hasta ahora sobre la *indagacion del lugar* ó el domicilio legal de la obligacion.

Esta indagacion no trae consigo ninguna dificultad, cuando los diversos puntos de vista, en que hay costumbre de colocarse en caso de colision de estatutos en el derecho de obligaciones, concuerdan entre sí, así es que:

1. En la sentencia del 11 de Marzo de 1873 (t. IX, p. 371), en donde se trataba de juzgar la excepcion propuesta por una compañía de seguros sobre la vida, de que el contrato de seguros habia quedado nulo por haberse retrasado el asegurado en el pago de las primas, se decidió que el derecho que en esto debia seguirse era el vigente en Colonia, porque esta ciudad era, no solamente el lugar de la conclusion y de la ejecucion del contrato, sino tambien el lugar de residencia del asegurado sujeto al pago de las primas.

2. En otro caso (sentencia del 25 de Junio de 1872, t. VII, página 2), decidió el Tribunal que el derecho vigente en Amsterdam debia ser el que rigiese un contrato de compra, porque Amsterdam era: *a*) el lugar de la ejecucion de la compra; *b*) el domicilio comercial del vendedor; *c*) el lugar de la conclusion del asunto, y que, «por consecuencia solo habian podido evidentemente las partes, *en las circunstancias actuales*, considerar á *Amsterdam* como *lugar del negocio*, y se habian sometido al derecho de esta ciudad.» (Sentencia del 23 de Abril de 1872, t. VI, p. 78).

3. Surgen algunas dudas en la indagacion del derecho local que rige una obligacion, cuando este se apoya en la circunstan-

cia de que los contratantes han querido someterse á una legis-
lacion local determinada. Bajo esta relacion, es digna de tener-
se en cuenta una sentencia del 13 de Junio de 1871 (t. III, p. 6...
Tratábase de saber si y hasta dónde la accion sobre el pa...
de precio de compra, ejecutado por un prusiano contra u...
negociante hamburgués, por un encargo de éste, habia si...
nula á consecuencia de la quiebra del comprador. Los jueces
de primera y segunda instancia habian fallado que no deb...
decidirse en esto, sino con arreglo á las leyes de Hamburg...
El Tribunal Supremo se pronunció en sentido contrario. «N...
podrá reconocerse que la obligacion haya tenido su domici-
lio legal en Hamburgo. Nada se ha alegado ni establecido d...
donde pueda inducirse que el vendedor haya querido some-
terse, en este asunto, al derecho de Hamburgo, especialmen-
te en lo que concierne á las obligaciones del comprador, y
teniendo en cuenta las prescripciones del derecho prusian...
(segun las cuales, el pago del precio de compra debe efec-
tuarse en el domicilio del vendedor)..... No puede admitirse
en particular, que el derecho hamburgués sea el llamado á
decidir acerca de la voluntad de los contratantes, en el ca...
eventual de insolvencia por parte del comprador, la cuesti...
de anulacion total ó parcial de la obligacion; porque la libr...
sumision de los contratantes á un estatuto local determinad...
en materia de obligacion, debe entenderse en cuanto á la ga-
rantía de *su ejecucion*, pero no es admisible desde el momen-
to en que conduzca á disposiciones legales, que abandonen a...
capricho del deudor la ejecucion total ó parcial de la obliga-
cion (1). (Véase Savigny, *sisteme*, t. VIII, págs. 277 á 281; véa-
se Bar, *Internationales privat und Strafrecht*, § 78, p. 279...
La inadmisibilidad de esta suposicion resulta, además, de la
consideracion siguiente: si en realidad la ley de Hamburgo
sobre las quiebras hubiera debido justificar, en la inten-
cion de las partes, como derecho del lugar del contrato, la

(1) Segun la ley de Hamburgo sobre las quiebras, el acreedor no posee contra el quebrado temerario (Leichtsinnig) despues de verificada la quiebra, el derecho de reivindicacion, de reclamacion ó de compensacion, sino hasta el 40 por 100. Véase para más detalles el tomo VII, núm. 1.

extincion de la deuda á consecuencia de la quiebra del deudor, este mismo derecho local hubiera debido aplicarse tambien si antes de verificarse la quiebra hubiera trasladado el deudor su domicilio fuera del territorio de Hamburgo, y hubiese quebrado en este nuevo domicilio. Y esta consecuencia lógica, colocaria al juez de la quiebra de su domicilio, en la situacion anormal de tener que aplicar á esta obligacion y á otras del mismo género, no la ley de su país sobre las quiebras, sino la ley de Hamburgo ó de otro país cualquiera.»

Si en casos análogos al que acabamos de referir, no puede hacerse constar que los contratantes se sometieron á un derecho local, determinado en materia de obligacion, ni, admitiendo que esto pueda hacerse, aplicar este derecho á todos los compromisos particulares que resulten de un contrato, no queda más que elegir en cada caso particular, ó el derecho del *lugar del contrato* ó el del lugar de la *jecucion* (1).

Aun reconociendo en general la dificultad de elegir entre estos dos puntos de vista (sentencia del 2 de Setiembre de 1871, t. III, p. 81), el Tribunal Supremo se inclina, segun parece, á preferir el derecho del lugar de la ejecución, cuando se trata de los efectos de la obligacion.

Así es que:

4. La sentencia del 17 de Febrero de 1871 (t. II, p. 37), proclama en toda su generalidad la aplicabilidad del derecho sajon, á un contrato de entrega que debia realizarse en Leipzig y se habia concluido en San Petersburgo, y

5. La sentencia de 25 de Enero de 1873 (t. IX, p. 7) formula categóricamente el principio que el derecho local *que rige la obligacion depende en general, bajo todas las relaciones, del lugar convencional de la ejecucion* (2).

---

(1) El Tribunal Supremo parece que no concede influencia propia al domicilio del obligado.

Véase la sentencia del 9 de Mayp de 1872, tomo II, p. 270; por el contrario, la sentencia del 9 de Noviembre de 1872, (t. VIII, p. 10 y siguiente), en donde se declara que las obligaciones de un comisionista expedidor, resultantes del contrato de expedicion, deben ser juzgadas con arreglo á la ley de su domicilio.

(2) No puede concluirse de aquí que para las relaciones legales que resulten directamente de la negociacion de una letra de cambio, sea tambien determinado por el derecho del lugar en donde debe pagar-

Este principio, que puede tambien haber inspirado la sentencia del 20 de Setiembre de 1872 (t. VII, p. 146) (1), ha sido mantenido especialmente por el Tribunal Supremo:

6. Para juzgar del valor de los *compromisos*. Es verdad, que la sentencia del 16 de Mayo de 1871 (t. II, p. 294), atribuye gran importancia—á la determinacion en donde el Tribunal arbitral debia en el caso actual pronunciar y en donde por consiguiente, debia ejecutarse el compromiso—á la circunstancia de que el Tribunal arbitral se hallaba compuesto de habitantes de este lugar, y que además, esta localidad era precisamente el domicilio de los contratantes, y que, segun el derecho allí vigente, perdia el poder de apelar á los tribunales ordinarios. Pero en otro caso (sentencia del 9 de Mayo de 1871, t. II, p. 269); se ha decidido categóricamente que la validez de un compromiso, segun el cual las dificultades que surgieran del cumplimiento de un contrato de flete habian de ser sometidas á un tribunal arbitral, formado en Magdeburgo (Prusia) de comerciantes de esta localidad, deberia regirse por el derecho prusiano vigente en Magdeburgo (2).

7. Por más que no se trate aquí expresamente del derecho de obligacion contractual, puede, sin embargo, hacerse mencion de una decision que ofrece cierta conexion con las que acabamos de referir. Tal es la sentencia del 23 de Diciembre de 1872 (t. VIII, p. 289) (3), cuya base es el hecho siguiente: El buque de vela americano, *W. E. Anderson*, capitan Drumont, que partió el 9 de Julio de 1870 con cargamento de petróleo, de Filadelfia para Stettin, entró el 31 de Agosto en Helsingor, por haber sabido Drumont en la travesía que acababa de estallar la guerra entre Francia y Alemania. Despues de

---

se. Véase la sentencia del 11 de Mayo de 1872 (t. VI, p. 125), en donde se examina si lo que se llama un *mandato no aceptable*, debe ser considerado como una letra de cambio, segun el derecho aleman.

(1) Caso de justicia consular alemana con aplicacion del derecho indígena.

(2) Esta decision no dejó de tomar en consideracion que en Magdeburgo es donde debió ejecutarse tambien el contrato de flete.

(3) Ya en la sentencia del 24 de Setiembre de 1872 (t. VII, p. 168), habian surgido las cuestiones aquí examinadas, pero no se habia resuelto.

haber conferenciado con el cónsul de los Estados-Unidos, permaneció en Helsingor, á causa del bloqueo de Stettin y de Swinemunde hasta el 19 de Setiembre por la mañana, entrando el 20 en este último puerto. Residiendo en Stettin los tres interesados en el cargamento, hicieron objeciones al acta de despacho, expedida regularmente en Stettin por exigencia del capitan Drumon, y en la que los gastos de la permanencia en Helsingor, así como algunos otros accesorios, se habian distribuido como grandes averías entre el buque, el cargamento y el flete. Demandaron al capitan Drumon, pero las sentencias acordadas del tribunal marítimo y el del comercio así como el del tribuna de apelacion de Stettin, acordaron rechazar la accion. En terce ra instancia se sostuvo, ante el Tribunal Supremo, que la cuestion de saber hasta qué punto y en qué medida nacia una comunidad de riesgos entre el buque y el cargamento, no debia juzgarse segun el derecho aleman vigente en Stettin, sino segun el de América vigente en Filadelfia, punto donde se habia concluido el contrato de flete, y donde se habia verificado el cargamento. Ahora bien, segun el derecho anglo-americano, los gastos ocasionado s por el bloqueo del puerto de arribo, son á cargo del armador únicamente. No se dicidió esta última cuestion (1), porque el Tribunal Supremo admitió que, en el caso actual, el derecho aleman vigente en Stettin, era únicamente el que debia arreglar la reparticion de las grandes averías. Los motivos de la decision, cuidadosamente expuestos, se fundan en el art. 729 del Código de comercio aleman, segun el cual, la fijacion y la distribucion de las pérdidas deben hacerse en el lugar del *destino*, y cuando no se llega á éste, en el puerto en *donde termina el viaje*. Esto, continúa la sentencia, no ha sido en realidad expresamente fijado por el Código de comercio aleman, sino para las *relaciones de precio* que deben servir de base al acta de despacho, mientras que falta una regla que se refiera expresamente al lugar en donde se extiende el acta indicada, en lo que concierne á los *princi-*

---

(1) En una nota en la p. 290 del tomo VIII (de la Revista), se indica como exacta en el derecho inglés la proposicion alegada, pero como dudosa en el derecho americano.

*pios de derecho* que deben servir para determinar su reda cion; pero este principio se encuentra en la materia *del derecho de seguros*. Aquí reconoce expresam nte el Código de comencio aleman, que el derecho en vigor en el lugar en don se extiende el acta de despacho, salvo el caso de estipulaciones particulares, decide el punto de cuáles son los gastos que deben ser considerados como grandes averías. Ahora bien, derecho del lugar de despacho no es precisamente el que determina las relaciones legales entre el que asegura y el asegurado, ni entre éste y los demás interesados en las averías porque el *contrato de seguro* ó los principios generales de derecho en esta materia han conducido á este resultado (por el contrario, deberia aplicarse mejor la ley del lugar en dond se ha extendido el acta de seguros); pero, á la inversa, el derecho del lugar en donde se ha verificado el despacho, es que se declara aplicable y decisivo en caso de seguro, porque precisamente es *el que rige las relaciones entre los interesados en las averías*. Estas relaciones no se fundan en manera alguna en el *contrato de flete*, y no podria decirse,—además de que en general no es preponderante el derecho del lugar de la formacion del contrato,—que los principios de acta de despacho deben, en el caso actual, regirse segun el derecho vigente en esta materia en Filadelfia como lugar de la formacion del contrato de flete. Las relaciones de los interesados en las averías tienen más bien su origen en la comunidad que existe entre el buque y el cargamento. Si se trata del arreglo de las averías, continúa la sentencia, no puede ajustarse éste á las leyes de la localidad en donde *ha tenido origen* la comunidad del peligro, sino segun la de aquel donde *ha tenido su fin*. Tal es el pensamiento jurídico que ha llado su expresion en las prescripciones del Código de comercio aleman. Tiene por fundamento la doble y sábia consideracion que, por una parte seria difícil y raro, si es que no imposible, estender con entera confianza un acta de despacho con arreglo á la ley de otra localidad; por otra parte, que, aun soponiendo lo contrario, la frecuente necesidad de arreglar las averías con arreglo al derecho de diferentes localidades conduciria á soluciones, por decirlo así, insolubles. Es necesario admitir además, que cuando el acta de despacho se extiende, como sucede en el caso actuol, en el lugar de destino, todos los interesados han querido *someterse* á la legislacion

de dicho lugar, y esto debe entenderse especialmente respecto de los consignatarios que en él se encuentren.

Si este punto resulta del Derecho aleman, muestra la sentencia, por numerosas citas tomadas de la doctrina y de la práctica más reciente, que en las legislaciones comerciales francesa, holandesa, española, italiana y anglo-americana, está fuera de toda duda que el arreglo entre los interesados en las averías (1), debe efectuarse únicamente segun las leyes y los usos del lugar en donde debe verificarse ordinariamente el despacho, siempre que no se haya convenido nada en contrario.

8. La sentencia del 26 de Mayo de 1871 (t. II, p. 318), no da al lugar de ejecucion (ó de destino) la misma importancia legal para la interpretacion del contrato que respecto de sus efectos jurídicos. Tratábase de saber si debia aplicarse la interpretacion comercial seguida en Holanda, al caso en que un holandés compra en Holanda á un extranjero una mercancía que éste último debe entregar en Finnemarc y expedir de aquí á Holanda al comprador, y en que se discute despues sobre la cualidad que debe tener la mercancía remitida para responder á las exigencias del contrato. Se debe, dice en este caso el Tribunal Supremo, sin tomar en consideracion la interpretacion holandesa, distinguir cuidadosamente entre un asunto en lugar fijo, y otro de remision para recibir en una plaza extranjera. El primero es regido indudablemente por la interpretacion admitida en la localidad para los puntos en que los contratantes no hayan hecho convenios especiales. Pero el asunto de remesa para recibirla en una plaza extranjera no se rije por estas interpretaciones locales, porque pueden ejercer en esto una influencia considerable muchas circunstancias de diversa índole, y especialmente las particularidades del lugar de la produccion y del despacho de las mercancías. Además, la incertidumbre sobre si la mercancía que debe expedirse tendrá su empleo en el lugar de su destino ó recibirá otro destino diferente, excluye tambien en cierto

---

(1) Discútese, sin embargo, en el Derecho anglo-americano hasta qué punto está ligado tambien el asegurador por los principios legales vigentes en el lugar del desembarco.

modo la conveniencia de ajustarse á la interpretacion admitida en este lugar (1).

9. Hállanse otras muchas consideraciones en la sentencia de 25 de Junio de 1872 (t. VIII, p. 2 y sig.) Una casa de comercio de Amsterdam vendió á una fábrica de hilados de algodon establecida en Prusia una determinada cantidad de algodon *Good fair Tinnevelly* embarcado en el buque de vela *Arbutus*, y siendo las muestras, dadas por los indios y enviadas por el correo, de excelente calidad *Goodfair*. Despues de recibir las muestras tomadas de la remesa hecha, se negó el comprador á entregarse en la mercancía, y á la accion entablada en su consecuencia contra él, opuso que la mercancia era muy inferior en calidad al *Good fair*. Pero la casa de comercio demandante presentó certificado suficiente de negociantes de Amsterdam, probando que, con arreglo á los usos del comercio de esta plaza, relativos al algodon *Tinnevelly* embarcado, no estaba la designacion *Goodfair* enteramente comprendida garantizando la calidad *Goodfair*, sino sólo como medio de fijar el precio definitivo de la calidad *normal* (Standard) *Goodfair*. De suerte que no se habia estipulado en el contrato una calidad determinada de esta especie de algodon *Tinnevelly*, sino que el comprador debia tomar *cualquier* calidad al precio que se fija, según la relacion de la calidad real con la calidad normal sobre la base del precio convenido. El Tribunal Supremo considera este uso de Amsterdam como un medio de interpretacion admisible del contrato concluido evidentemente entre las partes en Amsterdam. Porque «la parte demandante tenia derecho á que su oferta fuese comprendida, como debía serlo, como hecho en Amsterdam, su domicilio y al mismo tiempo lugar de la conclusion del contrato, segun los usos comerciales; y la parte demandada, haciendo sobre uno de los principales mercados extranjeros de algodon un pedido que debia servirse allí, se sometia necesariamente por este simple hecho á la terminología que allí se emplea. El demandante no habia incurrido en ninguna falta por no haber hecho saber al deman-

---

(1) Véase sobre la necesidad de que los contratantes conozcan los usos comerciales que deben ser un medio de interpretacion del sentido del contrato; la sentencia del 23 de Abril de 1872 (t. IV, p. 16).

dado de una manera particular los usos del comercio de Amsterdam, pues debia suponer que el demandado, que hacia pedidos importantes al extranjero, debia conocer los usos, notoriamente numerosos, del comercio de algodon, ó debia ser responsable de los que ignorase. El demandado puede invocar una mala inteligencia tanto ménos, cuanto que en la duda deben interpretarse los contratos en favor del obligado, y que el principio de interpretacion, segun el cual debe interpretarse la duda contra el vendedor, presupone lo que aquí no sucede, que la redaccion del contrato emana de este último.

## III.

### DERECHO EN MATERIA DE QUIEBRAS (1).

La doctrina más reciente, que la colision de las leyes sólo puede resolverse por un completo exámen de la esencia del asunto legal de que se trata, no ha podido aplicarse en ninguna parte en las decisiones del Tribunal Supremo de una manera más completa que lo ha sido en el dominio del derecho de quiebras.

1. La sentencia más notable, bajo esta relacion, es la del Tribunal de Suecia de 1861 (t. III, p. 65), cuya especie sólo la hemos tocado anteriormente, IV, n. 3 (v. la página 241), en cuanto interesaba á esta subdivision. Ahora debemos completar aquí la exposicion de los hechos. El negociante L en Hamburgo debia al negociante P de Westfalia cerca de 1.200 thalers por mercancías compradas. Quebró L, y P no concurrió al concurso y no obtuvo nada de la masa. Dos años despues de haberse cerrado la quiebra, le envió L una letra sobre

(1) V. á este propósito nuestras observaciones, p. 239, n. IV.

Amsterdam de 1.800 florines de Holanda, rogándole qu.. descontase y le remitiese enseguida el importe en letras cambio ó cualquier otro valor que le conviniera. Respondió P que puesto que el aceptante era bueno, aplicaria dicha letra á saldar la antigua deuda de él; y llevó á cabo su determinacion á pesar de las inmediatas protestas de L. Este último quebró al poco segunda vez y luego por tercera. Los administradores de la última masa reclamaron de la viuda de P, el cual habia muerto en este intervalo, la restitucion de la suma que importaba la letra (1.020 thalers), con intereses. Invocaban principalmente la ley hamburguesa sobre quiebras del 31 de Agosto de 1753, y los artículos adicionales de 17.. L habia sido, en efecto, declarado, al cerrarse la primera quiebra, quebrado temerario, y habia sido sometido al derecho de recurso complementario *(Nachmahnungsrecht)*. Ahora bien, segun las leyes, el quebrado temerario debe pagar por lo ménos el 40 por 100 de sus deudas comerciales, ó compensar el déficit por una detencion equivalente al *Wieserbau*. Despues de haber cumplido estas condiciones, no puede ser detenido por el pago del resto de sus deudas, pero puede ser demandado ante él pretor (juez) cada cinco años, para afirmar, bajo juramento, que no se halla en estado de pagar algo ó más de lo que ofrece.

La demandada creia que las leyes no concernian ni á la existencia ni á la compensacion del crédito de su esposo. Los dos jueces de la instancia fueron de distinta opinion, y especialmente el juez de apelacion declaró que le era aplicable el derecho hamburgués sobre quiebras, porque L habia estado domiciliado en Hamburgo en calidad de vecino de esta ciudad y allí es donde habia quebrado. Siendo de este mismo parecer el Tribunal superior de Hamburgo, á quien se consultó, condujo al juez de apelacion á admitir que P no habia tenido derecho de ejercitar el recurso complementario y la compensacion sino hasta el 40 por 100 de la deuda primitiva por la compra de mercancías, mientras que, para el 60 por 100 restante, sólo le quedaba una *obligatio naturalis*, insuficiente para exigir la compensacion sobre los acreedores posteriores de L.

El Tribunal Supremo no admitió este modo de ver. En primer lugar negó la aplicacion al caso de la ley hamburguesa sobre quiebras, fundándose en las consideraciones referidas

anteriormente, IV, n. 3, relativas al derecho local que regia la obligacion. Despues insistió muy particularmente en que, de la nocion de la quiebra, nada resulta que lleve consigo necesariamente la sumision del acreedor extranjero á las leyes vigentes en el lugar de la quiebra, apoyando su decision en los motivos siguientes:

«El procedimiento en materia de quiebra supone un deudor insolvente; tiene en cuenta una satisfaccion proporcional sobre la masa existente, y verifica con este objeto la realizacion y la reparticion proporcional entre los acreedores. La quiebra no es, pues, en sí misma nada más que una *variedad de procedimiento de ejecucion* contra una masa activa, y por este motivo no afecta la duracion persistente de los créditos que, en todo ó en parte, han sido omitidos en esta masa (véase Savigny, Sistemat, VIII, p. 293. Ley prim., Cod., *qui bonis*, VII, 71). Para llenar fácil y completamente su objeto, no es posible la quiebra más que en un sólo lugar y ante un sólo tribunal de la quiebra, y por este motivo debe atraer hácia así la totalidad de la fortuna del quebrado. Cuando la cosa sucede en un mismo Estado y bajo una misma legislacion, no hay ordinariamente dificultades, porque los actos del procedimiento y la competencia del juez de la quiebra están garantizados en el interior de un mismo Estado por la autoridad de éste. Pero allí donde termina esta autoridad comienza la colision. Los demás Estados no reconocen la competencia ni la jurisdiccion de este Tribunal extranjero. No someten los bienes del quebrado que se hallan en su territorio al embargo pronunciado por el juez extranjero de la quiebra; rechazan con relacion á estos bienes la fuerza atractiva de una quiebra que no reconocen; abren siempre sobre estos un concurso particular independiente de las reglas y de las leyes del Estado extranjero, y, cuando entregan los bienes, lo hacen sólo garantizando de antemano á sus nacionales acreedores, y á otros que, con arreglo á su legislacion, han hecho la peticion, la misma satisfaccion que si no existiese la quiebra extranjera. Encuentran la justificacion de esta conducta en la independencia de su jurisdiccion; sobre estos principios reposa todavía hoy el Derecho internacional en materia de quiebra. Para templarlo ó modificarlo, se necesitan, entre los Estados, convenios que sometan á los súbditos de los contratantes á sus jurisdicciones recíprocas. A falta de convenios, los títu-

los de los acreedores extranjeros conservan su fuerza intacta por todo el tiempo que estos reclamen la satisfaccion sobre los bienes que no se hallan sometidos á la jurisdiccion del tribunal de la quiebra.

Estas reglas conciernen especialmente á las *causas de liberacion* que se fundan ménos en la naturaleza jurídica de la quiebra en sí misma, que en su agregacion por el derecho particular como accesorios al procedimiento en materia de quiebra. Así es qne, por derogacion del derecho comun, ciertas leyes territoriales sobre las quiebras establecen el convenio con este efecto, que una mayoría de acreedores puede obligar á la minoría á conceder un plazo ó una rebaja de sus créditos. Esta institucion está destinada, donde existe legalmente, á mantener ó á restablecer en sus negocios al deudor quebrado y á servir al mismo tiempo los intereses de los acreedores, á terminar pronto, y por consiguiente, de un modo económico, el procedimiento en materia de insolvencia. Sobre esta misma idea se fundan las prescripciones de algunas leyes sobre las quiebras que libran á ciertos quebrados calificados de cierto modo, despues del pago de un tanto por 100 determinado ó de la entrega de su patrimonio á los acreedores del resto no pagado de sus deudas.

Estas leyes territoriales, que imponen un acuerdo ó un perdon, son de una naturaleza eminentemente *particular*. Derogan el derecho comun y el derecho de contratos que autoriza al acreedor á exigir de su deudor la satisfaccion *completa*, y por consiguiente, á perseguirle para el pago mientras pueda verificarlo. Obligan, pues, solo al acreedor *que está sujeto ó que se somete á ellos voluntariamente*. Es verdad que el pensamiento que las inspira las conduce á negar tambien al acreedor extranjero una accion más ámplia en los límites de su competencia territorial; protegen, pues, dentro de estos límites al quebrado contra ulteriores persecuciones; pero fuera de ellos, y especialmente en lo que concierne á la satisfaccion reclamada sobre bienes que no le están sometidos, carecen completamente de fuerza.

Esta opinion no deja de tener impugnadores. Háse objetado:

Que las leyes sobre la quiebra tenian por objeto librar al deudor de nuevas persecuciones por parte de los acreedores; esta garantía y una justa reparticion de la masa, serian

completamente imposibles si los acreedores extranjeros pudieran proceder á una nueva ejecucion. Por lo demás, el juez del país en donde se ha declarado la quiebra debe tratar con arreglo al derecho de este país á *todos* los acreedores, tanto indígenas como extranjeros, y el mismo deber asiste, por consiguiente, al juez extranjero. Para ser lógicos, deberia excluirse á los extranjeros de toda participacion en la quiebra, si no quieren aceptar las ventajas y las desventajas de ésta. Un quebrado no protegido por su quiebra contra los acreedores extranjeros, estaria imposibilitado de adquirir bienes en otros países. De este modo se quita á los acreedores futuros lo que quiere asegurarse á los acreedores antiguos. Véase V. Bar. *Internacionales privatrecht*, p. 280 y siguientes. Estas objeciones no tienen grande importancia. Que desde el momento en que un Estado tiene intencion de mantener la situacion alimenticia de sus quebrados, se hallan los demás Estados obligados á aplicar la legislacion calculada para este objeto, es una proposicion que no basta con alegarla sino que es menester demostrarla. En todo caso, nunca resulta que el juez del país en donde está en vigor esta legislacion, deba tambien aplicarla á los acreedores extranjeros. Ya hemos dicho anteriormente que el acreedor extranjero, que se ha sometido al derecho extranjero sobre las quiebras, debe ser regido con arreglo á este derecho. Pero no puede decidirse aquí la cuestion sobre si la simple admision á la quiebra, y la aceptacion de un tanto por ciento determinado, puede equivaler á esta sumision. Por último, el hecho de que los acreedores anteriores que no han realizado sus créditos, se apoderen, para hacerse pagados de ellos, de bienes adquiridos posteriormente en el extranjero, no podrá considerarse como un mal, á no ser que, no contentos con reconocer al deudor el derecho de verse libre de sus deudas, aún fuera del país de su domicilio, se pretendiese poder colocar este derecho sobre el que tienen los acreedores á que se les pague. Sin embargo, el juez de apelacion no ha establecido que P. se halle sometido al derecho hamburgués en materia de quiebra, especialmente que haya concurrido á la de L. con los demás acreedores y haya tomado el tanto por ciento del convenio; tampoco ha partido del principio de que el derecho prusiano admita la fuerza atractiva de la quiebra extranjara y someta á los acreedores prusianos al derecho extranjero

en esta materia, ni ha establecido, por último, que haya ningun contrato internacional modificado en parte esta situacion en beneficio del derecho hamburgués en materia de quiebras. Si, pues, á pesar de esto, ha rechazado la compensacion por el solo motivo de que la quiebra de L. ha destruido, con arreglo al derecho hamburgués, el 60 por 100 del crédito de P. en pago de las mercancías, y suprimido á consecuencia de esta tasa el objeto de la compensacion, reposa su decision sobre un error fundamental de derecho y viola el principio de la fuerza no atractiva de la quiebra, admitida en la ley prusiana sobre esta materia al mismo tiempo que la regla de derecho siguiente:

Las prescripciones de las leyes extranjeras sobre la quiebra, segun las cuales tienen por efecto las operaciones de esta extinguir en todo ó en parte los derechos de los acreedores, no tienen valor (en Prusia) cuando el acreedor, que no se ha sometido al derecho extranjero sobre las quiebras, se halla en posicion de hacer valer sus derechos, *agendó ó excipiendo*, en el interior del país.»

2. En la sentencia del 25 de Enero de 1873 (t. IX, p. 71), se trataba igualmente de la admisibilidad de la compensacion frente á la masa demandante de un quebrado extranjero, pero con una complicacion de las más curiosas en el estado de los hechos. Los administradores de la masa de bienes de una quiebra inglesa, reclamaban del negociante P., de Altona, un sueldo que debia pagarse en Inglaterra con arreglo al contrato. P. respondió, que antes de declararse la quiebra habia ultimado con el quebrado un contrato de consignacion, que éste último no habia ejecutado á causa de haber ocurrido la quiebra en este intervalo; que, á consecuencia de esta falta de ejecucion, habia sufrido una considerable pérdida, de la que pretendia compensarse con el creido objeto de la demanda. Los administradores ingleses de la masa hicieron constar, con el parecer de jurisconsultos, que segun el derecho inglés, los daños y perjuicios á causa de la ruptura del contrato no podian ser reclamados de la masa de la quiebra, sino cuando la ruptura habia tenido lugar antes de la declaracion de aquella, pero no cuando era el resultado de la quiebra, ó habia tenido lugar despues de esta. Aplicando este principio de derecho, rechazaron los jueces de primera instancia la excepcion de compensacion, y condenaron á P. á

pago de la suma reclamada. El Tribunal imperial anuló esta decision por los motivos siguientes:

«Los jueces de instancia han considerado sin razon, como equivalente á la *supresion de la obligacion*, la *restriccion* que una disposicion particular del derecho inglés en materia de quiebra impone á la facultad de hacer valer en el procedimiento de la quiebra, las reclamaciones de daños y perjuicios por la ruptura del contrato. Pero no se trata aquí de semejante supresion. Cuando el legislador inglés, para acelerar, en cuanto es posible, las operaciones de la quiebra, prohibe la *produccion* en esta de ciertas reclamaciones cuya fijacion en una suma determinada lleva ordinariamente consigo grandes dilaciones, y en cuyo número se acostumbra á colocar la demanda de daños y perjuicios como la de que se trata (Véase Goldshmidtr, *Revista de derecho comercial*, t. I, página 284, y t. XV, p. 368), no se altera en manera alguna la existencia material de la obligacion. Segun el derecho inglés anterior, tal como estaba en vigor al declararse la quiebra de que se trata (V. l. c. t. II, p. 287), el acreedor del quebrado que no hábia asistido á la quiebra no estaba imposibilitado áun durante el curso de la liquidacion para proseguir judicialmente sus derechos, contra la persona del quebrado; y áun en la actualidad, segun la ley reciente sobre las quiebras, la del 9 de Agosto de 1869 (l. c. t. XV, p. 364), el acreedor cuya reclamacion no ha sido admitida en la masa no se halla imposibilitadp de ejercer la contra la persona del quebrado durante la quiebra. En todo caso, la declaracion de ésta no puede impedir que, despues de terminada, se produzca una reclamacion; no tiene este derecho más límite que si la terminacion de la quiebra dá por resultado la *liberacion* del quebrado, sobre cuya significacion legal no debemos insistir aquí.

Si, pues, la práctica de los tribunales ingleses dá á los principios en cuestion la trascendencia que el deudor de la masa de bienes de la quiebra citado ante los tribunales ingleses, no puede oponer en compensacion la demanda de daños y perjuicios, de la clase de la que aquí se trata, no podrá, sin embargo, admitirse en ningun caso que estas restricciones al ejercicio de la reclamacion de daños y perjuicios respecto de la quiebra, deban colocarse entre las reglas de derecho esenciales que pueden aspirar á ser reconocidas an-

te los tribunales de otros países como derecho del lugar de la obligacion. Resulta de lo que dice Story (*Comentarios sobre el conflicto de las leyes*), que tal es la significacion atribuida tambien por la jurisprudencia inglesa á estas reglas de las leyes sobre quiebras. Este autor establece, en efecto, que la *rescision total del contrato*, que resulta de las leyes del lugar de su conclusion, debe ser tambien reconocida en el extranjero, pero que, cuando el contrato no se ha rescindido, cuando el crédito no se ha extinguido, y sólo se han restringido los medios de hacer valer en justicia los derechos que de él resultan, en este caso, estos derechos pueden ser invocados en otro país; que especialmente una legislacion sobre las quiebras, que no hace suspender la persecucion contra la persona ó los bienes del quebrada, no trae consigo la resolucion del contrato y debe sólo ser aplicada en el interior del territorio (§ 335 y sig.). Asimismo, la práctica de los tribunales alemanes rechaza la admision y la aplicacion de tales prescripciones de las leyes extranjeras sobre las quiebras, en los procesos seguidos dentro del país. El indígena que concurre á una quiebra extranjera abierta sobre los bienes de su deudor y liquida allí su crédito no puede, sin duda, esperar que se le pague de la masa extranjera, sino dentro de los límites de la ley que rige esta materia en el país donde la quiebra se verifica. Pero el indígena que sin asistir al concurso en la quiebra extranjera, es perseguido ante un tribunal de su país por los administradores de la masa extranjera, tiene derecho de oponer para su compensacion todo el crédito que le pertenezca contra el quebrado, y que no esté completamente suprimido por la ley extranjera del lugar de la obligacion, y esto aunque la ley extranjera sobre quiebras impida *oponer este crédito á la masa de la quiebra*. Los administradores de la masa extranjera no pueden hacer valer contra el deudor indígena del quebrado en su país más derechos que el quebrado mismo; no pueden, pues, hacer valer ninguna pretension cuando el deudor indígena podria rechazar por cuenta, frente al mismo quebrado, la pretension de éste. Ninguna ley autoriza á solicitar que un Tribunal aleman de justicia condene la parte que habita en Alemania á pagar á una masa de quiebra extranjera en virtud de la regla antes citada del Derecho extranjero en materia de quiebras, y que, sin admitir en compensaaion su demanda de reconvencion

contra el quebrado, remite esta parte á la perspectiva total ó parcialmente ilusoria, y en todo caso muy lejana, de una persecucion personal contra el quebrado.

3. La sentencia del 28 de Junio de 1872 (t. VII, p. 17), comienza lo mismo que las dos precedentes por un *análisis del texto legal* para inducir de aquí el arreglo de esta relacion por un estatuto local determinado. Una casa de comercio alemana R debia á una casa de comercio escocesa el precio de la compra de mercancías entregadas. Habiendo suspendido sus pagos la casa escocesa, muchos acreedores alemanes hicieron practicar una especie de embargo preventivo sobre el precio de la compra, lo cual tuvo por consecuencia que la suma debida fuese consignada en el Tribunal de Halberstadt (Prusia), el *forum domicilii* del comprador R. Presentóse á intervenir ante el mismo Tribunal una sociedad escocesa, sosteniendo que el contrato por el cual debia R el precio de la compra consignada no se habia concluido por la casa escocesa insolvente, sino en calidad de comisionista de la sociedad interventora, que el precio correspondia, por consiguiente, á esta que intervenia en cualidad de comitente, y que los acreedores que habian hecho el embargo preventivo debian cedérselo. En las dos primeras instancias obtuvo la sociedad interventora una sentencia favorable, pero en la instancia de nulidad ante el Tribunal Supremo, los acreedores alemanes del comisionista escocés procuraron establecer que la cuestion debatida no debia decidirse con arreglo al *Derecho aleman*, en el que los jueces anteriores habian fundado su fallo. La peticion de nulidad fué, sin embargo, rechazada por el Tribunal Supremo. No tanto se trataba, dice la sentencia, de las relaciones entre el comitente y el comisionista, como de las que se establecian entre el comitente como acreedor del comisionista insolvente, y otros acreedores de este último. En el derecho comercial moderno se arreglan estas relaciones en favor del comitente en este sentido: que el comitente no satisfecho puede, con exclusion de los acreedores, hacerse pagado en primer término del precio de compra que aún se debia, así como de los demás créditos del comisionista, procedentes de operaciones en comision. Este privilegio del comitente sobre el precio aún debido pertenece á la misma categoría, y se desenvuelve al mismo tiempo que el derecho del acreedor no pagado. Tiene, como este último, el carácter de un derecho de sepa-

racion frente á los demás acreedores del comisionista. Está tambien colocado, en las quiebras, en el número de las *reivindicaciones*. Ahora bien, todos los derechos de separacion y de preferencia son únicamente arreglados, con arreglo á los principios constantes del Derecho internacional, por las leyes vigentes *en el lugar de la ejecucion*. Esto no es dudoso desde el momento en que se procede á una ejecucion general, á las ejecuciones completas de una quiebra, y en el que el conjunto de objetos á ella sometidos se hallan en el lugar en donde reside el Tribunal de la quiebra. Lo mismo sucede en caso de quiebra particular, puesto que tambien entonces se arreglan los derechos de reivindicacion y de separacion, lo mismo que los derechos al pago por privilegio sobre ciertos objetos, por el derecho local de la quiebra particular (ley de imperio aleman de 21 de Junio de 1868). Pero no hay motivo para restringir este principio en caso de quiebra, sino que, por el contrario, debe aplicarse tambien á la ejecucion ordinaria sobre las porciones especiales del patrimonio, sobre todo cuando se trata de un extranjero que ha quebrado en otro país.

# APÉNDICE III.

## JURISPRUDENCIA INGLESA

EN MATERIA DE

## DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO,

POR J. WESTLAKE (1).

### 1.°—MUEBLES.

Un deudor domiciliado en Inglaterra consintió, por un *Memorandum* allí firmado, en dar en prenda á un acreedor los muebles de una casa que tenia en Escocia. Este convenio hubiera sido improcedente segun el Derecho escocés, porque no habia seguido la entrega de la casa al acreedor; pero no se necesitaba, en las circunstancias en que el contrato se verificaba, semejante condicion para darle validez con arreglo al Derecho inglés. Habiéndose liquidado posteriormente en Inglaterra los negocios del deudor por un procedimiento equivalente á la quiebra, pasó la propiedad de los muebles referidos á la comision liquidadora, tanto en virtud del acta del parlamento bajo la cual se verificaba la liquidacion, como del

(1) *Revue dic droit internacional*, vol. 6.°, p. 91 y sig.

principio general relativo al efecto de un estado de quiebra pronunciado en el domicilio del deudor sobre los bienes muebles situados en otro lugar. Pero el *Memorandum* fué considerado como capaz de dar al acreedor en cuestion el derecho de hacer que se le pagase, por prioridad, del valor de los muebles, con preferencia á la masa de acreedores representada por la comision liquidadora. *Coote*, v. *Jecks*, 15 de Marzo de 1872, 13 Eq. 597. El juicio no dió motivo á la decision, pero no es necesario suponer este motivo como habiendo sido más que el efecto del *Memorandum*, y en cuanto creaba un título sobre los muebles, dependia de la ley del domicilio del propietario. Si se admite que el título particular á ciertos objetos muebles depende de la *lex situs*, á diferencia de los títulos universales que confiere la *lex domicilii* en caso de quiebra, de matrimonio ó de defuncion, podrá conciliarse la decision con esta opinion, porque, segun el sistema inglés en materia de quiebra, puede la comision tomar la propiedad del deudor sujeta á todas las obligaciones personales de equidad (*personal equities*) existentes á cargo de éste, y que el contrato de dar una prenda ha creado, en esta circunstancia, una obligacion personal de equidad á los ojos de la ley inglesa. De hecho el convenio se extendia al arrendamiento de la casa, para el que tambien faltaba, con arreglo al derecho escocés, la tradicion ó entrega de la misma. Sin embargo, se le reconoció el efecto de dar al acreedor la prioridad por una suma de dinero pagadera por el propietario al terminar el arrendamiento por mejoras hechas por el deudor; esta parte del juicio puede sostenerse difícilmente á no ser por los motivos de equidad personal que acabamos de indicar.

Una casa de constructores de buques en el Massachussets tenia costumbre de enviar buques á Inglaterra para venderlos aquí, despues de haber sacado fondos, hipotecándolos con actas debidamente registradas en los Estados-Unidos. En un principio se hacia mencion de estas hipotecas en los certificados de los buques, pero habiendo esto impedido la venta en una ocasion, consintió el acreedor hipotecario, con el fin de evitar este resultado, en que se omitiese en lo sucesivo este requisito. Semejante omision, aparte de la obligacion de equidad por el objeto con que se habia hecho, no debia afectar la validez de la hipoteca, ni segun la ley americana ni segun la ley inglesa. Habiéndose vendido un buque en Inglaterra en

estas circunstancias, los constructores recibieron el precio y quebraron enseguida sin haber pagado al acreedor hipotecario. Este demandó al adquirente en Inglaterra para declarar el buque sujeto á aquella carga. Decidióse, que habiendolo adquirido de buena fé el comprador sin saber la existencia de la hipoteca, debia ser preferido al acreedor hipotecario en virtud de la obligacion de equidad resultante del motivo, por el que se habia dejado de hacer mencion de la hipoteca.

La decision hubiera sido probablemente la misma con arreglo á las leyes de Massachussets, pero el Tribunal creyó que, si habia conflicto, el efecto de la venta, en cuanto á la traslacion de la propiedad del buque, libre ó sujeto á hipoteca, fuera de la obligacion de equidad antes mencionada, debia decidirse por la ley del pabellon, por más que en el momento de la venta se hallase el buque en el puerto de otro país, mientras que el efecto del contrato de venta en cuanto á si creaba ó no, en favor del adquirente de buena fé, una obligacion de equidad superior á la del acreedor hipotecario, debia decidirse por la *lex loci contractus. Hooper*, v. *Gum.*, 26 de Enero de 1867, 2, 28 .

Nos parece conveniente remitir al lector al asunto: *Liverpool marine credit*, etc., de que se hablará bajo el epígrafe *Quiebra.*

Un buque no puede ser secuestrado por el delito de piratería, ni por consiguiente confiscado en beneficio de la Corona, cuando, despues de haber dejado de servir para la piratería, ha sido vendido á un adquirente de buena fé, por más que, si los piratas lo habian robado antes á su propietario primitivo, el principio de que los piratas no pueden trasferir á un tercero bienes tomados por actos de piratería, autorizará al propietario primitivo á entablar la accion civil en el Tribunal del Almirantazgo para que el adquirente le restituya el buque, *The Telégrafo or Restauracion*, 20 de Febrero de 1871, 3, 673.

### OBLIGACIONES DERIVADAS DE UN CONTRATO.

*Letras de cambio.*—La máxima *locus regit actum*, se aplica á la notificacion por falta de pago. Habiendo sido endosado en Inglaterra un efecto pagadero al endosante, la notificacion de la falta de pago por el aceptante (*notice of dishonour*),

suficiente segun la ley francesa, pero que la ley inglesa no considera como tal, fué tenida como insuficiente para obligar al endosante *Hirschfeld V. Smith*, 12 de Enero de 1866, 1, 340.

¿Hasta qué punto se aplica á la forma del endoso la máxima *locus regit actum*? Habiendo sido endosado en Francia, en una forma válida con arreglo á la ley inglesa, pero que no lo era segun la ley francesa, un efecto extendido pagadero y aceptado, en Inglaterra, el Tribunal del Banco de la Reina decidió que aquel á quien se habia hecho el endoso podia recurrir contra el aceptante, porque las bligaciones de este último debian ser determinadas por la ley inglesa, como siendo la de su contrato, cualquiera que sea el efecto del endoso entre el endosante y aquel á quien se hace. *Lebel V. Tucker*, 27 de Noviembre de 1867, 2, 77. Pero en un caso en que solo se diferenciaba del precedente en que el efecto habia sido girado en Francia, creyó el Tribunal de los *Plaids communs*, salvo el disentimiento de uno de los jueces, que el efecto del endoso era indivisible, y que, oponiéndose la ley francesa á que trasfiriera el derecho al efecto frente al librador endosante, no podia conferir al cesionario el derecho de obrar en Inglaterra contra el aceptante. La mayoría del Tribunal, sin embargo, no consideró que trazaba una regla contraria á la decision *lebei V. Tucker*, y declaró que habia que hacer una distincion entre estos dos casos, segun el lugar en donde el efecto habia sido girado. Pero es difícil conciliar esta opinion con el motivó antes mencionado, sobre el que se fundaba expresamente la mayoría, *Bradlaugh V. de Rin*, 6 de Julio de 1868, 3, 538.

*Contrato de flete.*—El efecto de una carta-partida, en cuanto á la responsabilidad del propietario del buque es determinado por la ley de éste ó del pabellon. Esto se ha decidido en un caso en que un buque francés habia sido fletado por su capitan á un súbdito británico, en un puerto de Dinamarca, para un viaje á un puerto de Haiti á otro de Inglaterra ó de Francia á eleccion del fletador. Habiendo sufrido el buque averías, arribó á un puerto portugués, en donde el capitan tomó un empréstito sobre el buque, el flete y el cargamento. Reclamando el inglés propietario del cargamento una indemnizacion de los propietarios franceses del buque por la parte que de este empréstito tenia que soportar, estos últimos hi-

cieron dejacion del buque y del flete, y se juzgó que este hecho les descargaba de toda responsabilidad ulterior, en virtud de la ley francesa, que era la ley del buque. Lloyd V. *Guibert*, 27 de Noviembre de 1865, 1, 115.

Sin embargo, esta reparticion general debe regirse por la ley del puerto de destino, y esta ley obliga á la vez á los propietarios del buque y del cargamento. Este principio ha sido admitido por el Tribunal en Lloyd V. *Guibert, ubi supra*, página 126, y aplicada en Harris V. *Scaramanga*, 3 de Junio de 1872, 7, 481.

*Seguros marítimos.*—El asegurador está igualmente obligado respecto del asegurado por un arreglo de reparticion general, conforme á la ley del puerto de destino, pero sólo en lo que concierne á las pérdidas puestas á su cargo por su contrato. Harris, l. c.

Si el buque cambia de nacionalidad despues de la conclusion del seguro y cae por esto, hallándose en las aguas túrcas, bajo la jurisdiccion de un consulado diferente, el asegurador no se libra de responsabilidad. *Dent V. Smit*, 4, 414.

## OBLIGACIONES EX DELICTO.

Para dar orígen á una accion ex delicto, debe el acto, en el momento de su perpetracion, constituir una infraccion de la ley del lugar en donde se ha cometido, y debe haber conservado este carácter, y constituir además una infraccion de la *lex fori.*

### *Necesidad de la desigualdad bajo el punto de vista de la «lex fori.»*

Los propietarios de la barca noruega *Napoleon*, demandaron al steamer inglés *Halley*, por daños causados por un choque en la rada de Flessingue, siendo aquel debido á la falta de un piloto que la ley holandesa obligaba al *Halley* á tomar. Segun la ley inglesa, el pilotaje obligatorio libra á los propietarios de toda responsabilidad por los daños causados por falta del piloto, mientras que la ley holandesa no los libra en el mismo caso. *Th. Halley*, 2 de Julio de 1868, 2,

193; reformando la decision dada en el mismo asunto el 26 de Noviembre de 1867, 2, A. and E., 3.

*Necesidad de la ilegalidad originaria y continuada bajo el punto de vista de la «lex loci delicti commisi.»*

M. Eyre, antiguo gobernador de la Jamáica fué procesado civilmente en Inglaterra, por actos cometidos por él al reprimir la rebelion en esta isla. En este intervalo, se le habia concedido un bill de indemnidad por la Cámara legislativa de la Jamáica. Decidióse que, suponiendo los hechos de que se quejaban, ilegales en el momento en que fueron cometidos, en virtud á la vez de las leyes de la Jamáica y de las de Inglaterra, habiendo desaparecido despues su ilegalidad en la isla en que fueron cometidos no podia fundarse en ellos ninguna accion en Inglaterra. *Phillips V. Eyre*, 23 de Junio de 1870, 7, 1. Confirmando la decision que habia recaido sobre el mismo asunto en 29 de Enero de 1869, 4, 22. 5.

El caso de Hallein fué citado con aprobacion en *Phillips V. Eyre*, y fué expresamente formulada (6, 28, 28), la doble condicion de ilegalidad á los ojos de la *lex loci delicti commisi* y de la *lex fori*. En *Phillips V. Eyre* se mencionó tambien, aunque sin resolverla, la cuestion de si los daños podrian recobrarse en virtud de la *lex loci delicti commisi*, pero no darian lugar á una accion de daños y perjuicios, 4, 139 y sig. En un proceso en donde el demandante ha sucumbido por no haber probado los hechos que alegaba se discutió mucho el punto de si podia entablarse ante un tribunal británico, un proceso entre dos súbditos ingleses, ambos en el mismo servicio extranjero, por relaciones oficiales, falsa y maliciosamente hechos en el curso de este servicio, por uno de ellos con perjuicio del otro. La opinion del tribunal, parece que fué, que esto dependia de que dicho proceso se hubiese ó no entablado ante los tribunales del Estado extranjero en cuestion. Hart V. *von Gumpach*, 28 de Enero de 1873, 4, 439. Es notable que *Phillips V. Eyre*, no haya sido citado en este asunto.

QUIEBRA Y CONCURSO DE ACREEDORES EN GENERAL.

*Domicilio no necesario para la declaracion de quiebra.*

—Un extranjero domiciliado fuera de su país, y no comerciante, que ha contraido deudas en Inglaterra, puede ser declarado en quiebra, fundándose en un acto de esta especie cometido en Inglaterra, aunque halla dejado el país antes de haberse presentado el pedimento para declararla (n. v. en Inglaterra, las leyes sobre la quiebra se aplican á todo particular, no solo á los comerciantes.) *Ex parte Crispin, in re Crispin;* 14 de Marzo de 1873, 8, 374. *Pero el domicilio es importante en cuanto al efecto de la declaracion de quiebra sobre la propiedad del quebrado.*—Cuando un individuo domiciliado en país extranjero ó en una colonia, es declarado en quiebra, su propiedad mueble, y no su propiedad inmueble, situada en Inglaterra; pasa á los curadores comisionados nombrados por el juicio de declaracion, para ser distribuida entre los acredores que justifiquen su cualidad; pero si el quebrado estaba domiciliado en otro lugar, el juicio declaratorio de la quiebra será considerado como un juicio en favor de los acreedores que justifiquen su cualidad, y los curadores ó comisarios deberán recurrir, para hacer valer la declacion respecto de la propiedad del quebrado en Inglaterra, á los medios expeditos á un acreedor que persigue en virtud de un juicio extranjero ó colonial, y estarán expuestos, como éste, al peligro de que un juicio declaratorio de quiebra en Inglaterra, ó una colocacion bajo curatela, á la muerte del deudor, de los bienes de éste, situados en dicho país, no permita que participen de ellos otros acreedores que no hayan podido entrar en el concurso de la quiebra extranjera ó colonial. Además, el domicilio en que se funda esta distincion, es el verdadero domicilio, y no bastaria para establecerla la simple posesion de un establecimiento de comercio por un negociante cuya residencia fija esta en otro lugar. *Re Blithmann* de 17 de Enero de 1866, 2, 23.

Pero si el juicio declaratorio de la quiebra extranjera ó colonial, se ha verificado á instancia del deudor mismo, no existirá la distincion trazada en el último caso, y la propiedad mueble del quebrado situada en Inglaterra, pasará á los curadores ó comisionados, en donde quiera que esté domiciliado, porque no puede rechazar el efecto de semejante declaracion. *Re Davidsons Setlement Trusts,* 18 de Febrero de 1873, 15, 383. Esta decision parece discutible, porque restringir el efecto de una declaracion de quiebra en los límites legales, no es

rechazar este efecto. No dejarian de verlo así los tribunales ingleses, si surgiere la cuestion en cuanto á los bienes inmuebles situados en Inglaterra.

*El órden de los acreedores en el concurso, depende de la lex loci concursus.*—En un contrato le matrimonio hechó en Batavia entre dos súbditos británicos á la sazon allí domiciliados, se excluyó la comunidad legal y convino el marido en pagar 75.000 florines en beneficio de su mujer. Este contrato no fué registrado; y no podia oponerse por consiguiente á tercero en virtud del art. 152 del Código civil vigente en las colonias holandesas orientales desde 1.° de Marzo de 1848. Mas tarde quebró el marido en Inglaterra y se presentó su mujer como acreedora por la suma de los 75.000 florines. Admitióse su reclamacion, y se colocó en el misme rango que las de los otros acreedores del marido por la razon de que la estipulacion de donde procedia era válida entre las partes con arreglo á la *lex loci contractus*, y que la disposicion de la *lex loci contractus* que le hubiera hecho preferir los derechos de tercera persona, si el concurso hubiera tenido efecto en aquel país, no podia aplicarse á un concurso abierto en Inglaterra. *Ex parte Melbourn, in re idem*, 11 de Noviembre de 1870, 6, 64.

La seccion sexta del decreto del emperador Cárlos V, del 4 de Octubre de 1540, segun la cual las reclamaciones hechas por las mujeres, en virtud de su contrato de matrimonio, deben quedar en suspenso hasta que hayan sido satisfechos los otros acreedores del marido, está en vigor en el cabo de Buena-Esperanza, como formando parte de la legislacion holandesa, bajo la cual se fundó la colonia. Un negociante hizo un contrato en Inglaterra, al tiempo de su matrimonio en este país, en donde se hallaba domiciliado. Segun la ley inglesa, la reclamacion de su mujer, fundada en este contrato, se colocaba en caso de quiebra, en la misma línea que la de los demás acreedores. Como despues fué declarado insolvente en la colonia del Cabo, en donde tenia un establecimiento de comercio, se rechazó la reclamacion de su mujer hasta despues que hubiese pagado sus demás deudas, en virtud de la disposicion precitada, que era la *lex loci concursus*. *Thurburn v. Steward*, 26 de Enero de 1871, 3, 478.

Si el concurso se forma por la administracion de los bienes de una persona que ha fallecido, el órden de los acreedo-

res se determinará por la «lex loci concursus,» exactamente lo mismo que si el concurso se hubiera verificado por una quiebra. Pardo v. *Bigham*, 27 de Julio de 1868, 6, 485.

Mientras los tribunales ingleses sean los que entiendan en un asunto, no permitirán á un acreedor trastornar el verdadero órden de prioridad ó de igualdad en una quiebra inglesa en lo que se refiere en país extranjero, á ciertas partes del patrimonio del deudor que son consideradas como debiendo ser distribuidas por los comisionados de la quiebra. En su consecuencia, un acreedor que ha embargado en el extranjero la propiedad mueble de un individuo cuya quiebra se ha declarado en Inglaterra, ó que ha obtenido un derecho de preferencia bajo las leyes de un país extranjero en donde no puede verificarse un concurso de acreedores de esta quiebra, no puede tocar á los dividendos de la quiebra inglesa, hasta que los demás acreedores hayan percibido un tanto por ciento igual. Pero si el acreedor ha obtenido un pago en virtud de la ley extranjera, sobre los bienes inmuebles del quebrado situados fuera del país, puede participar de los dividendos en la quiebra inglesa, sin más restriccion que la de no percibir en conjunto más de veinte shillings por libra esterlina. Estas son antiguas reglas, establecidas en el asunto *Cockerell v. Dickens*, 3 Moores Privi Council cases, 98; pero la parte que de estas reglas se refiere á los pagos obtenidos sobre la propiedad mueble del quebrado en un concurso extranjero ha sido afirmada de nuevo en *Exparte Wilson, in re oduglas*, 18 de Abril de 1872, 7, 490.

Sin embargo, cuando el concurso no existe, y un deudor permanece en posesion de su haber, tiene un acreedor derecho á hacerse pagar por todos los medios que la ley de cualquier país pueda suministrarle, y le es posible en Inglaterra conservar lo que ha obtenido en el exterior, aun frente á otro acreedor cuyo derecho sería preferente al suyo. en virtud de la ley inglesa, y aunque los dos acreedores estén domiciliados en Inglaterra. Así se ha decidido en un asunto en que un buque inglés habia sido embargado judicialmente en Nueva Orleans á peticion de acreedores ingleses de su propietario. Una compañía inglesa, que tenia una hipoteca sobre el buque, válida bajo el punto de vista inglés, habiendo tenido noticia de que su intervencion no produciria efecto, porque los tribunales de la Luisiana no tomarían en cuenta su título hipote-

cario, á falta de posesion concomitante, obtuvo que el buque quedase libre, dando á los acreedores que se habian apoderado de este, documentos por los que se comprometian á pagar lo que se les debiese.

La compañía demandó despues en Inglaterra estos acreedores para obtener la anulacion de estas promesas, por el motivo que, segun los verdaderos principios del derecho internacional privado, los tribunales de Luisiana hubieran debido tener en cuenta una hipoteca inglesa constituida sobre un buque inglés, por más que no fuese acompañada de la posesion, puesto que esta no es exigida por el derecho inglés para la eficacia de la hipoteca. Decidióse que los tribunales de la Luisiana desconocian realmente los verdaderos principios del derecho internacional sobre la materia, pero que no podian anularse las promesas por el motivo indicado anteriormente. *Liverpool Marine credit company v. Hunter*, 2 de Marzo de 1868, 3,479, confirmando el fallo que habia recaido sobre el mismo asunto, 18 de Marzo de 1867, 4, 62.

*Efecto del descargo concedido en una quiebra.*—El descargo de un deudor bajo cualquier ley de quiebra es considerado en Inglaterra como librándole de todas las deudas y obligaciones contraidas en donde rige esta ley, pero no de las demás. Solo se exceptúa el caso de un descargo bajo una ley de quiebra verificada por el Parlamento imperial británico, para una parte cualquiera de los dominios ingleses; pues la autoridad del Parlamento obligará á todo tribunal á admitir esta acta como descargo de todas las deudas y obligaciones, sea cualquiera el lugar en que se hayan contraido. *Ellis v. M. Henry* 30 de Enero de 1871, 6, 228.

Pero habiendo sido declarado antes insolvente el mismo deudor en una colonia británica en virtud de un estatuto local, y declarado despues en quiebra en Inglaterra en virtud de un estatuto imperial, su descargo bajo la última declaracion, aunque completo para todas las obligaciones civiles anteriormente contraidas, no ha destruido la jurisdiccion del tribunal colonial bajo la precedente declaracion, hasta el punto de impedir este tribunal, al regreso del quebrado á la colonia, que se le condenase por el crímen de fraude y de ofensa á la ley colonial sobre quiebras. *Gill v. Barron*; 1.° de Julio de 1868, 2, 157.

**LETRAS DE CAMBIO.**

Una letra de camblo sobre París, girada y endosada en Inglaterra, habia ya vencido en la época en que el legislador francés, á consecuencia de la guerra de 1870, habia suspendido los plazos para el pago y el protesto de los efectos de comercio. Presentada por el portador francés en cuanto lo permitieren las leyes suspensivas, y no pagándola los aceptantes, fué protestada y pagada por el endosante inglés, por cuya razon este último demandó á los libradores ingleses, que se defendieron alegando que el demandante habia quedado exento de toda responsabilidad legal respecto al tenedor del efecto. La sentencia fué favorable al demandante, porque «el endosante se compromete como garante del cumplimiento por el pagador, de las obligaciones que este último contrae al firmar la aceptacion. Su responsabilidad debe pues medirse por la del aceptante, á quien él garantiza; y como las obligaciones de este se determinan por la ley del lugar de la ejecucion, lo mismo debe suceder respecto de las del garante.» En cuanto á la notificacion de la falta de pago (*notice of dishomur*), dice el tribunal; «si la época del pago, que es la esencia del contrato, y la necesidad que resulta de presentar el efecto al tiempo primitivamente fijado, puede, al parecer, dispensarse, *á forciori*, una formalidad, cuya necesidad solo resulta de la falta de cumplimiento de su obligacion por el aceptante, deberia seguir todas las modificaciones introducidas por la ley en lo concerniente á la época del cumplimiento de la obligacion. Pero, independientemente de esta consideracion, creemos que, en principio, la notificacion de la falta de pago no puede ser exigida hasta el momento en que este ha podido ser legalmente exigido al pagador, y éste se ha negado á verificarlo.» Más adelante, despues de haber citado con aprobacion el caso de *Hirsckfeld. v. Smith*, añade el tribunal: «por otra parte, una vez establecido que, á falta de pago de una letra de cambio pagadera en país extranjero, la notificacion que habrá de hacerse al librador ó al endosante debia ser, en cuanto al tiempo y á las demás formalidades exigidas, conforme á la ley del lugar del pago, un motivo más para decidir en el caso actual contra los demandados. En virtud de la ley francesa, antes que la notificacion

de la falta de pago pueda ser hecha, es absolutamente necesaria sin protesto acompañado de ciertas formalidades y estendido con la intervencion de un funcionario público; artículo 162 del Código de comercio. Y, en virtud del art. 163 del mismo Código, este protesto es el que el portador debe notificar al librador ó endosante contra quien se propone ejercitar sus recursos. Pero la ley especial bajo la que caía el efecto en cuestion prohibe el protesto de todos aquellos á que era aplicable, hasta espirar el término adicional del pago concedido por tolerancia á los aceptantes. Háse reconocido que este efecto ha sido protestado tan pronto como lo permitió la ley existente, y que desde el momento en que aquel se hizo, se notificó á los demandados con toda la diligencia posible. *Rouquette v. Overman* 5 de Julio de 1875, 10, 525.

La opinion contraria ha sido adoptada por el tribunal superior de Comercio de Leipzig, y defendida por M. Norsa, como se ve en esta revista, t, 3.° p. 503, por el autor de la memoria de la obra de M. Norsa. Pero el tribunal de apelacion de Génova, el de casacion de Turin y el tribunal consular británico de Constantinopla, por un juicio del que no se ha interpuesto apelacion ante el consejo privado, se han adherido al parecer del tribunal del Banco de la Reina.

# APÉNDICE IV.

## JURISPRUDENCIA ITALIANA

EN MATERIA DE

## DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO,

POR CESAR NORSA.

### DE LA QUIEBRA.

1. La materia de la quiebra ha suscitado muchas controversias en la escuela y en la jurisprudencia. Háse buscado el medio de resolver las dificultades recurriendo á la teoría de los estatutos. Pero habiendo demostrado la experiencia la insuficiencia de aquella, han intentado los autores modernos sustituirla con otras teorías que han parecido á su vez vagas é incompletas (1). Es una cuestion antigua y célebre la de saber si la materia de la quiebra pertenece al estatuto personal ó al real. Sea cualquiera el sistema que se adopte para resolverla, hay que remontarse siempre á ciertos principios superiores que rigen las relaciones de derecho independientemente del lugar en donde han tenido su origen, y deben tener su efecto.

(1) Schæfner *Derecho internacional privado*. Savigny, Derecho Romano. t. VIII.

2. La declaracion de quiebra, considerada en un su verdadera razon de ser, tiene por objeto los bienes del quebrado, la garantía de los intereses de los acreedores, más bien que el interés del deudor; «quia dispositio vel efectus, dice Casaregi (1), principaliter versatur circa res et bona decocti creditoribus distribuenda licet locuatur in personam.» Invócase, pues, sin razon, la regla del estatuto personal para inducir de ella la eficacia de la declaracion de la quiebra en las relaciones internacionales; porque, áun las incapacidades personales que el juicio declaratorio trae consigo respecto del quebrado, son como irradiaciones inevitables del régimen á que su haber se somete, en interés de sus acreedores y de la sociedad en general. No son el fin, sino el medio de alcanzarlo. Más erróneo parece aún el adoptar, como hacen ciertos autores, la regla de un estatuto mixto. No hay, en efecto, término medio: si el objeto principal de la sustitucion e la quiera es la persona, el estatuto es personal; si son los bienes, es real. «Secus vero, dice Casaregi, in casu quo statutum principali- »ter, considerationem vel respectum habuit ad res, seu bona, »sive ejus effectus principaliter versatur circa res vel bona, »licet juxta materialem verborum sonum sermo videatur, »in personam subdité directus.»

Fundándose en estas consideraciones, ha adoptado la jurisprudencia italiana el principio que la materia de la quiebra se refiere al estatuto real. Tribunal de Nápoles, 4 de Mayo de 1868 (2). Tal es la única tésis racional, y conforme con la naturaleza jurídica de la quiebra (3).

3. Este principio no basta, sin embargo, para resolver todas las dudas. Seria un gran error pretender encerrar, con la regla del estatuto real, en los límites del territorio la eficacia del juicio declaratorio de la quiebra, y negarle toda fuerza ejecutoria en un estado extranjero. Siendo en general verdadera en las relaciones de interés privado entre los acreedores y los deudores, se enlaza esta regla á uu principio superior de interés público, comun á todas las naciones, y se impone por doquiera que no encuentra un obstáculo en una ley

(1) Disc. 30, n. 167.
(2) *An. de jur. ital.*, t. II, p. 167. Jurisp. de Turin, año V, p. 604.
(3) Rocco, *Der. civ. intern*, p. 358 y sig.

de derecho público interior del país en que se reclama la aplicacion del juicio declaratorio de quiebra. Este principio es el que ya he indicado como proclamado sin restriccion por la ley civil italiana (1), de acuerdo con la ciencia y las exigencias de la civilizacion moderna. Consiste en conceder á los extranjeros los mismos derechos civiles que á los ciudadanos. No pudiendo la actividad del hombre alcanzar sus fines sin salir de los límites del Estado á que pertenece, no puede negarle el Estado extranjero su cooperacion necesaria, sin crear un obstáculo á la actividad de sus mismos ciudadanos cuando tenga que ejercerse fuera del territorio. Los Estados civilizados deben, pues, poner en comun los medios de que cada uno disponga para responderá las necesidades de la naturaleza humana, para mantener en todas partes el órden jurídico y moral, hacer que se respete la justicia y garantizar los derechos privados.

Estas consideraciones dilucidan una controversia de la mayor importancia sobre la eficacia de la declaracion de la quiebra, su fuerza jurídica y su extension. «Considerada en sus efectos, dice Carle (2), no es la quiebra más que la aplicacion práctica del principio razonal universal, que todos los bienes del deudor son la prenda comun de todos los acreedores. Vése por un lado al deudor que, hallándose imposibilitado de pagar á sus acreedores, les abandona, de grado ó por fuerza, todo su patrimonio, y por otro, á los acredores que, las más veces, no pueden obtener el pago íntegro y se ven en la necesidad de experimentar una pérdida. La ley de la quiebra es la igualdad de condicion para todos los acreedores que han fiado al deudor. Para proteger esta igualdad, es precisamente para lo que la ley y la autoridad judicial ejercen cierta vigilancia sobre las operaciones de la quiebra, imponen al quebrado ciertas incapacidades, anulan ciertos actos hechos por él en una época en que ya podia prever su ruina suspenden las ejecuciones individuales de los acreedores, los invitan á todos á concurrir á las operaciones, y toman con este obje-

(1) Art. 3 del Código civil italiano.

(2) *La quiebra en el derecho internacional privado*, por Carlé, tratado francés de Dubris, p. 30.

to las medidas de la publicidad. Por variadas y múltiples que sean estas operaciones, tienen por carácter una tendencia manifiesta á la unidad y á la concentracion: un solo tribunal es el que debe declarar la quiebra; una sola jurisdiccion procede á la verificacion de los créditos, el concordato es único, única es tambien la liquidacion del patrimonio del quebrado hecha por los síndicos, cuya accion central reemplaza las acciones individuales de cada acreedor. Todo lo que en la doctrina ó en la jurisprudencia tenga por efecto romper esta unidad, está en contradiccion con el espíritu de las leyes sobre la quiebra, y trastorna su economía. Este carácter de la quiebra constituye, en casi todas las legislaciones, el principio fundamental de la institucion. ¿Debe desaparecer, porque los acreedores ó los bienes del quebrado se hallen dispersos por diversos Estados? Tal es el grave problema que presenta la materia de la quiebra en el derecho internacional privado.

4. La universalidad de la quiebra ha encontrado partidarios aún entre los antiguos autores de Derecho comercial (1), pero costó mucho trabajo hacer aceptar su doctrina, ora en la legislacion, ora en la jurisprudencia. Rechazábasela en nombre de la distincion entre las leyes personales y reales, de la teoría del dominio eminente del Estado, del ataque que la universalidad de la quiebra inferiria á la soberanía territorial. No se veia que el principio de la universalidad de la quiebra está fundado en la naturaleza de las cosas, en el carácter del comercio y de la quiebra, y en las reglas de derecho admitidas en las legislaciones de todos los países civilizados. El comercio tiene un carácter esencialmente cosmopolita; franqueando los estrechos límites de la ciudad, de la provincia, del Estado, estiende sus relaciones á todos los países y repudia las leyes é instituciones puramente locales. Las leyes é instituciones á que se somete deben ser tambien universales; su diversidad impediria su desarrollo. La historia del Derecho comercial, creada en todos los países de una manera casi uniforme, fuera de los derechos particulares y diferente de cada pueblo, es la más elocuente demostracion

(1) *Ansaldus.*, *El com. y la merc.*, Dis. 38, núm. 31.—Casaregi, Discurso 144, núms. 34 y 35.

de esta verdad. La utilidad del comercio debe sobreponerse á la soberanía territorial. La quiebra de un comerciante puede extender sus efectos, aún fuera del círculo de las relaciones comerciales del quebrado, puesto que no es raro ver que la quiebra de una casa arrastra en pos de sí la de otras muchas: importa, pues, que sea regida, á pesar de la soberanía territorial, por leyes comerciales y uniformes. El procedimiento de la quiebra tiende esencialmente á poner en práctica la máxima, que todos los bienes del deudor son como la prenda de los acreedores. Siendo esta máxima reconocida por todas las legislaciones, nada se opone á su universal aplicacion. El único medio de aplicarla es reunir en una masa, de una parte, todo el activo del quebrado, y de otra, todos los créditos que forman su pasivo, y despues repartir el patrimonio del quebrado entre todos los acreedores que tienen derechos iguales. Nada más contrario al empleo de este medio, que formar tantas quiebras de un mismo comerciante, y por consiguiente, tantas administraciones cuantos son los territorios en donde posee bienes el quebrado, y exponerse así al peligro de juicios contradictorios y de onerosas lentitudes. Así, pues, la ciencia moderna rechaza unánimemente, en este punto, la distincion entre los estatutos *personales* y los estatutos *reales*, y reconoce la unidad y la universalidad necesaria de la quiebra en todas sus fases, desde el juicio declaratorio, hasta las operaciones finales (1). La jurisprudencia italiana ha andado en un principio muy vacilante. Así es, que hace pocos años que ciertas sentencias fallaban que habia tantas quiebras cuantos eran los Estados en donde el quebrado tenia bienes ó mercancías, y que la quiebra declarada en un Estado no producia efectos en otro, si no se la declaraba allí igualmente. (Tribunal de Turin, 5 de Marzo

(1) Véase entre otros Delamarre Lepoitvin, *Derecho comercial*, tomo VI, núm. 67; Bravard Verrieres, *Tratado del Derecho comercial*, tomo V, núm. 43; Savigny, *Derecho romano*, t. VIII, núm. 374; Fremeri, *Estudios sobre el Derecho comercial*, p. 353; y entre los italianos, Rocco, *Derecho civil internacional*, parte 3.ª, cap. 31; Pisanelli, *Competencia*, núm. 1.560; Carlé, en su memoria ya citada. Puede tambien consultarse con provecho á Fiore, *De la quiebra, segun el Derecho internacional privado*.

de 1866, y 7 de Julio del mismo año) (1). Pero en la actualidad, puede asegurarse que los tribunales italianos se han adherido definitivamente al principio de unidad y de universalidad de la quiebra. Los Tribunales de Apelacion y de Casasion han juzgado que los efectos de ésta se extienden á todos los bienes del quebrado, y que el juicio declaratorio emitido por un Tribunal extranjero, debe ser, por consiguiente, ejecutorio, áun sobre los bienes situados en el reino. (Tribunal de Nápoles, 4 de Mayo de 1868, y Turin, Cas. 29 de Abril de 1872) (2). Por consiguiente, el Tribunal que ha declarado la quiebra viene á ser el centro de todas las acciones dirigidas contra el quebrado; es el tutor y el regulador, en interés comun, de las operaciones, relativas al haber del quebrado. (Tribunal de Turin, 4 de Abril de 1865) (3)

Queda, pues, establecido que, para juzgar de la influencia de la quiebra sobre los bienes situados en el extranjero, no es solo necesario consultar la naturaleza de la institucion y el fin que se propone, sino tambien su carácter de procedimiento inherente á la universalidad de un patrimonio. Esta teoría, que es tambien la de Rocco (4), respeta á la vez la fuerza legal del *estatuto real* y el carácter de universalidad de la quiebra. Resulta de aquí que, para las formas de los actos y la venta de las cosas, y para los derechos de preferencia de los acreedores, deberá tenerse en cuenta el estatuto real, mientras que todos los actos de jurisdiccion, por ejemplo, el nombramiento de los síndicos hecho por el Tribunal del quebrado (5), la homologacion del convenio, etc., serán regidas por la ley del lugar en donde se ha declarado la quiebra.

5. ¿Pero ante qué jurisdiccion debe declararse esta? La doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo en reconocer

---

(1) *Jurisp. de Turin.* año 3.°, p. 170 y 361. Véase tambien Chambery 17 de Abril de 1849, en el *Diario forense*, t. 55, p. 141.

(2) *An. de jur. ital.*, 5.°, 3.°, 2.°, p. 167. *Jurisp. de Turin*, año 8.°, página 457.

(3) *Jurisp. de Turin.* año 2.°. p. 165.

(4) Rocco, *Derecho civil internacional*, cap. 32.

(5) Véase una sentencia del Tribunal de Brescia inserta en el *Monitor de los Trib.*, año 1871, p. 871; Bélgica, Cas. 6 de Agosto de 1852.

que el lugar en donde debe efectuarse dicha declaracion, es aquel en que el quebrado tiene su principal establecimiento, es decir, la residencia y el centro de sus asuntos comerciales. «Aun cuando los bienes muebles é inmuebles de un comerciante, dice Carle (1), puedan hallarse dispersos en diferentes países, y sus obligaciones hayan tenido orígen ó deban ser ejecutadas en Estados diferentes, hay siempre un centro al que se refieren todos sus créditos y todas sus obligaciones, que es á su domicilio, es decir, al lugar en donde tiene su principal establecimiento. Mientras cumple sus obligaciones, puede ser perseguido relativamente á su ejecucion, ya sea en el lugar del contrato, ya en el que la ejecucion debe efectuarse, ya tambien en el que se ha fijado en el convenio. Desde el momento en que quiebra, todas estas jurisdicciones especiales ceden el puesto á una sola, á la del domicilio. La razon de ello es, por qué la persona física del quebrado, que podia acudir á todas partes á cumplir sus obligaciones, ha sido reemplazada por una persona moral que debe tener necesariamente un asiento fijo para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones. Este lugar no podrá ser otro que el del domicilio del quebrado. La quiebra puede, en cierta medida, ser comparada con la sociedad y con la sucesion, en cuanto estas forman tambien séres colectivos, y las acciones que á ellas se refieren, deben ejercitarse ante una jurisdiccion única: agréganse á esta primera y decisiva, otras razones de oportunidad y de conveniencia. Ante el Tribunal del domicillo es más fácil el exámen de los libros y la comprobacion del balance; en este lugar es tambien donde el quebrado tiene probablemente la mayor parte de sus bienes, y podrá mejor justificarse su conducta.»

En la aplicacton del principio de la universalidad de la quiebra, se ha reconocido sin esfuerzo que la quiebra declarada en el extranjero produce efecto sobre los bienes muebles situados en el reino. (Tribunal de Brescia, 1.° de Agosto de 1871 (2). Pero no se ha admitido la misma regla respecto de los bienes inmuebles poseidos por el quebrado en Italia.

---

(1) Obra citada, p. 34 y 35.

(2) *An. de jurisp. ital.*, t. V, II, p. 575. *Monit. de los trib.*, año 1871, página 817.

Se ha creido, en lo que concierne á éstos, que la regla general de la universalidad de la quiebra no podia destruir el principio especial sancionado por el art. 7.° de las disposiciones preliminares del Código civil italiano, que somete los inmuebles á la ley especial del territorio en donde están situados. Háse concluido de aquí, que la declaracion de quiebra pronunciada por un tribunal extranjero no puede tener por efecto hacer que se incluyan en la masa activa los inmuebles poseidos por el quebrado en Italia, y autorizar su venta por los síndicos de la quiebra extranjera. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal de Casacion de Turin en la sentencia del 29 de Abril de 1871. Tratábase de una enagenacion de bienes hecha en Italia por los representantes de una quiebra declarada en Austria (1). Esta decision de la magistratura suprema ha inducido á algunos jurisconsultos á creer que el principio que somete los inmuebles á la ley del territorio, forma una verdadera excepcion de la regla de la universalidad de la quiebra. Pero esta confusion es rechazada por otros que creen la sentencia de Casacion de Turin bien dada en su género, porque el juicio extranjero que declara la quiebra no ha sido declarado ejecutivo en Italia, ni sometido al efecto á un procedimiento de revision *(Giudizio di delibazione)* en las formas establecidas en el Código de procedimiento civil (2). Sin embargo, no me parece supérfluo añadir que, en el caso de que se trataba, el Tribunal de Casacion de Turin debia fallar necesariamente como lo hizo, porque el juicio declaratorio de la quiebra emitido en Austria, comprendia explícitamente los bienes muebles situados en donde quiera y los *inmuebles situados en Austria*; pero no comprendia los inmuebles situados en el extranjero. Los representantes de la quiebra no podian, pues, fundarse en este juicio para disponer de los inmuebles situados en Italia, desconociendo los derechos que pudieran haber adquirido en Italia otros acreedo-

---

(1) Véase *An. de jur. ital.*, t. V. 1, 1, p. 173. Jurisp. de Turin, año 8.°, 457. *Monit. de los trib.* 1871, p. 433.

(2) Véase sobre el art. 10 de las disposiciones preliminares del Código civil italiano, y sobre la sentencia de Casacion de que se trata el principio de nuestro trabajo, núms. 7 y 59, t. VI, de la *Revista*, páginas 251 y 272.

res en este intervalo sobre dichos inmuebles, mediante contratos enteramente conformes con las leyes á la sazon vigentes en el reino. Estas consideraciones, inherentes á las circunstancias especiales del caso, hacen que la sentencia precitada no pueda invocarse como limitando formalmente el principio de universalidad de quiebra por el de la sumision de los inmuebles á la ley del lugar en donde se hallan situados: parece, por consiguiente, que no se ha dado una solucion definitiva á la cuestion de saber si la teoría de la universalidad puede ó no ser plenamente aplicada áun á los inmuebles situados en el extranjero cuando la sentencia declaratoria de la quiebra se ha hecho ejecutoria, en el país en donde se hallan los bienes, en las formas exigidas y por parte de las autoridades judiciales competentes, segun las leyes allí en vigor.

6. No es raro que un negociante tenga establecimientos de comercio en diferentes Estados. En este caso hay que distinguir si estos establecimientos forman ó no una sola casa de comercio. En la primera hipótesis es evidente que la quiebra declarada en la residencia principal de la casa absorbe toda la masa de los bienes, derechos y obligaciones del quebrado. En la segunda hipótesis, la regla de la universalidad de la quiebra debe combinarse y armonizarse con la del estatuto real aplicable. El principio eminente de la independencia de las diversas soberanías nacionales, la necesidad de conservar la vida jurídica del Estado y de proteger los intereses de sus súbditos, limitan aquí la regla que garantiza al ciudadano de otro Estado el ejercicio de sus derechos, y el derecho público del Estado es el que pone este límite entre las dos existencias, internacional la una é interna la otra. La doctrina ha admitido, pues, que, cuando un mismo negociante tiene dos casas en dos Estados diferentes, la declaracion de quiebra de la una no puede tener efecto sobre la otra. Esta regla está conforme con la naturaleza de las cosas, porque la falta de equilibrio de un establecimiento comercial crea un nuevo órden de relaciones jurídicas con todos los interesados, y no seria justo que este nuevo estado, particular á uno de los establecimientos, influyese en los destinos del otro. El hecho accidental de que ambos son representados por una misma persona, no basta para confundir su suerte, para hacer á los deudores ó á los acreedores del que se sostiene res-

pectivamente deudores ó acreedores del que se ha hundido. En lo que concierne á la persona misma del comerciante, son distintas las relaciones, segun que ha obrado en calidad de representante de una ó de otra casa. Así, pues, el carácter de universalidad de la quiebra no disminuye por esto en manera alguna, puesto que, sin distincion de lugar, todo lo que corresponde á la casa quebrada, es atraido á su órbita, permaneciendo la otra, aunque representada tambien por el quebrado, de pié en medio de las ruinas, como sucederia con otro establecimiento representado por cualquier otra persona. Pero si es verdad que la declaracion de quiebra no puede tener por efecto hacer que entren en la masa de acreedores los que lo son de otro establecimiento distinto, aunque representado por el mismo quebrado, es evidente que recíprocamente no deben los interesados y los deudores de este otro establecimiento entrar en el activo de la casa quebrada.

Así, pues, el juicio que declara la quiebra de una casa de comercio no alcanza en el extranjero á la casa de comercio administrada allí bajo una firma distinta por el mismo negociante, aun cuando llegase á declararse ejecutorio el juicio en este otro país: en este último caso, es necesaria una declaracion de quiebra (1). Esta solucion ha sido adoptada por la jurisprudencia italiana. Háse juzgado, en efecto, que, cuando un comerciante, cuya quiebra se ha declarado en país extranjero, posee una casa de comercio distinta é independiente de la otra, por más que esté administrada bajo el mismo nombre, la quiebra pronunciada para ésta no alcanza á aquella. Hay, por consiguiente, lugar á rehusar en el reino la ejecucion del juicio extranjero que ha declarado la quiebra. Tribunal de Nápoles 4 de Mayo de 1864 (2). Entiéndase bien, que esto solo sucede cuando existen varias casas, formando cada cual un establecimiento distinto. Lo contrario sucederia si la casa situada en el reino no fuese más que una sucursal de la otra, por ejemplo, si no se tratase más que de

---

(1) Merlin, V. *Quiebra*, seccion 2.ª, § 2, art. 10. Malher de Chassat, *Estat. civ.*, art. 2, cap. 13, núm. 263, p. 346 y sig. Massé, *Derecho comercial*, etc., t. II. § 820, p. 79 y sig.

(2) *An. de jur. ital.*, 5.°, 2.°, 2.°, p. 167. *Jurisp. de Turin*, año 5.°, página 644.

un simple depósito de mercancías. Véase la misma sentencia.

7. El efecto de los juicios extranjeros declaratorios de la quiebra, no es inmediato. Es necesario que la autoridad judicial indígena los haya hecho ejecutorios en la forma prescrita por el Tribunal de proc. civ.—Turin, cas. 29 de Abril de 1871 (1). Si bien es verdad que el juicio extranjero no puede en principio ser considerado como letra muerta por la autoridad del Estado, es sin embargo razonable no reconocer la fuerza ejecutoria, sino cuando se hace la demanda, y cuando se concede por la autoridad judicial, competente del Estado en donde debe verificarse la ejecucion. Esta no puede, por otra parte, ser negada sin violar el principio de la comunidad de intereses de los pueblos, y el respeto que los Estados deben mútuamente á sus respectivos actos de soberanía. El Estado que hace ejecutorio un juicio extrajero, reconoce la fraternal autoridad del otro Estado, al cual pertenecia administrar el derecho desarrollado en su territorio. Es claro que, en principio general, teniendo el juicio extranjero declaratorio de la quiebra un carácter de universalidad internacional, debe obtener fuerza ejecutoria en el reino, sin que las autoridades nacionales puedan recusarlo. Las razones que hacen admitir en buen derecho la necesidad de esta autorizacion para la ejecucion, son las mismas en materia de quiebra que en cualquier otra. Tribunal de Turin 13 de Abril de 1867, y Tribunal de Milán 19 de Agosto de 1868 (2).

Hay sin embargo ciertas sentencias, segun las cuales no será indispensable el *pareatis* para hacer ejecutoria la declaracion de quiebra extranjera, cuando solo se trate de bienes muebles. Tribunal de Brescia 1.° de Agosto de 1872 (3). Pero esta última sentencia parece estar fuera de los principios de derecho internacional formulados por el legislador. La máxima invocada por el Tribunal de Brescia, que los muebles son regidos por la ley del país de su propietario, no tiene

---

(1) *Jurisp. de Turin*, año 8.°, p. 457.

(2) *Jurisp. de Turin*, año 4.°, p. 289. *Gac. de los trib. de Náp.* XXI, página 597. Véase tambien Borsari, *Proc. civ.*, núm. 1.742, y Carle, O. C., p. 57.

(3) *An. de jur. ital.*, t. V, II, 575.

por resultado hacer ejecutorios de pleno derecho en Italia los juicios extranjeros relativos á los muebles. Esta máxima obliga á los jueces italianos á aplicar las leyes de la nacion del propietario de los muebles en vez de las leyes italianas. Pero el *pareatis* solo tiene por objeto acreditar si el documento que obliga á la ejecucion es verdaderamente un juicio, si reune las condiciones esenciales, y no contiene nada contrario al derecho particular del país. No veo por qué solo debia verificarse este exámen cuando el juicio concierne á los inmuebles y no cuando se refiere á los muebles. Si esta opinion fuese verdadera, habria que generalizarla y decir que todo juicio extranjero emitido con arreglo á las leyes del país respectivo, seria ejecutorio de pleno derecho en Italia. Pero esto seria echar por tierra el art. 12 de las disposiciones preliminares del Código civil italiano, segun el cual los juicios extranjeros no pueden derogar las leyes prohibitivas del reino, concernientes á las personas, á los bienes ó á los actos, ni las leyes que interesan al órden público ó á las buenas costumbres, porque no hay medio de examinar este punto sino en la instancia en *exequatur* (*giudizio di delibazione*).

8. No hay necesidad de citar en esta instancia en *exequatur* todos los acreedores extranjeros que intervienen en el proceso extranjero cuyo resultado ha sido la declaracion de quiebra. (Tribunal de Nápoles 4 de Mayo de 1868) (1). Si la quiebra ha sido declarada de oficio por los jueces extranjeros, puede obtenerse el *pareatis* áun sin citar ningun acreedor. (Tribunal de Turin 13 de Agosto de 1870) (2). La ejecucion, en el reino, de una sentencia extranjera que ha declarado la quiebra, puede obtenerse tambien, sin que los acreedores hayan hecho citar préviamente ante las autoridades italianas al deudor que ha suspendido sus pagos. Por lo demás, todo acreedor del quebrado tiene derecho á intervenir en la instancia en *exequatur* del juicio extranjero declaratorio de la quiebra. Tribunal de Nápoles, sentencia citada del 4 de Mayo de 1868.

9. Conforme á los principios expuestos es tambien necesario el pareatis para los juicios posteriores á la declaracion

---

(1) *An. de jur. ital.*. v, 2.ª 2, p. 117. *Jurisp*, año 5.º, p. 664

(2) *Monit. de los Trib.* 1871.

de quiebra, y que fijan la época de la suspension de los pagos, esto es, de la verdadera quiebra. Este último modo de proceder es regular, y tiende á traer consigo tantas sentencias de *pareatis* como juicios extranjeros hayan de ejecutarse en el Estado, siendo los últimos distintos de los primeros, por más que en realidad no sea más que la consecuencia inmediata y rigurosa de la declaracion de quiebra. Tribunal de Milan, 14 de Agosto de 1868; Turin col. 13 de Abril de 1867 (1).

10. La jurisprudencia y la doctrina no parece, por el contrario, que se hayan fijado sobre la solucion de algunas cuestiones prácticas, que surgen respecto á los efectos del juicio declaratorio de quiebra.

Muchos jurisconsultos creen que, en apoyo del juicio extranjero declaratorio de la quiebra, puede hacerse inscripcion hipotecaria de los bienes que posee el quebrado en el país aun sin la forma prévia del *pareatis*, porque la inscripcion de una hipoteca judicial no es un acto de ejecucion de un juicio. Los tribunales del Piamonte se han pronunciado muchas veces en este sentido anteriormente á la nueva legislacion italiana (2), salvo sin embargo el requisito de pedir el *pareatis* si se trataba de ejecutar el derecho hipotecario. Pero despues de la promulgacion del Código civil italiano, parece más conforme á la ley exigir préviamente el *pareatis* aun para inscribir la hipoteca sobre los bienes del quebrado, en virtud del juicio declaratorio de hipoteca. En efecto, el artículo 1.973 del Código civil dice que: «Las sentencias dadas por las autoridades judiciales extranjeras no producen hipoteca sobre los bienes situados en el reino, sino cuando la ejecucion es ordenada por la autoridad judicial del mismo,» á

---

(1) *An. de jur. ital.* 5.° 2.°, 2, p. 372 *Juris. de Turin*, año 5.°, p. 289. *Monit. de los trib.*, año 1868, p. 870.

(2) Pescatore, Lógica del derecho, p. 224. Tribunal de Chambery. 2 de Setiembre de 1831 y 1.° de Mayo de 1833, Tribunal de Génova. 11 de Octubre de 1831 y de Turin 29 de Abril de 1844, (*Diario francés*, tomo 43, p. 322 y sig.) Tribunal de Casal, 8 de Febrero de 1859 *Juris. casales.*, 2.° 451. Tribunal de Turin, 22 de Junio de 1864. (Jurisp. de Tur. año 1.° p. 270), Turin *Col.* 2 de Febrero de 1852. *Colec. judic.* p. 108).

no ser que existan contratos internacionales que contengan disposiciones diferentes para el Estado en que se ha dado la sentencia, y atribuyan la hipoteca judicial á las sentencias de las autoridades respectivas. En este caso es necesario, en efecto, observar los convenios internacionales, que limitan el efecto del artículo precitado. Esto acontece en Italia respecto á los juicios de los tribunales franceses ó austriacos en virtud de los tratados de 24 de Marzo de 1760, 4 de Octubre de 1751 y 31 de Agosto de 1863.

11. Una cuestion muy debatida es la de saber cuáles son los efectos del juicio extranjero declaratorio de quiebra en cuanto á la terminaeion y á la limitacion de la capacidad del quebrado. La teoría que niega efecto á este juicio en cuanto á la capacidad del quebrado, prevalece en la jurisprudencia italiana. Admítese en esto, en principio, que la incapacidad dei quebrado extranjero no surte efecto fuera del Estado en donde tiene su domicilio, y que, para producir efecto en el reino, es necesario que el juicio extranjero sea declarado ejecutorio por los tribunales italianos. Tal es la solucion adoptada por las sentencias del tribunal de casacion de Turin del 13 de Abril de 1867 y del 29 de Abril de 1871, y del tribunal de casacion de Nápoles de 4 de Mayo de 1868 (1). Y sin embargo, en materia de interdiccion, no se discute sobre si el juicio que la pronuncia produce ó no efecto de pleno derecho, aun en el extranjero, porque no se vé en esto ningun acto de ejecucion. Turin, cas. 28 de Agosto de 1868 (2). En lo concerniente á la incapacidad del queb ado se ha expuesto una opinion contraria en una sentencia del tribunal de apelacion de Milan del 5 de Noviembre de 1869, segun el cual los juicios y actos de las autoridades extranjeras que declaran la quiebra no necesitan para obrar en el extranjero en lo que concierne al estado personal del insolvente, sufrir un exámen prévio por parte de los tribunales indígenas (3). Esta sentencia invoca con la autoridad de Fœlix, la consideracion de que los ac-

---

(1) *Jurisp de Turin*, año 4.°. p. 289 y año 8.°, 437, *An. de jurisp. italiana* II, 1.ª 215, IV, I, 1.° 173.

(2) *Jurisp. de Tur.*, año 6.ª, p. 17. Véase tambien tribunal de Turin 23 de Noviembre de 1849., *Diario forense*, 1849, p. 371).

(3) *Monit. de los trib.* año 1870, p. 105.

tos declaratorios de la quiebra pertenecen á la jurisdiccion voluntaria, y deben asimilarse á los de la tutela y de la autorizacion marital. A decir verdad, no aparece esta reflexion enteramente conforme con la naturaleza de las cosas. El sistema adoptado generalmente por el tribunal de Milan no es el que sigue por lo comun la jurisprudencia italiana. Esta admite solo que el juicio declaratorio de la quiebra ó de la época de suspension de los pagos, del cual se deriva la incapacidad del quebrado tiene plena fuerza en el reino, á partir del momento en que ha sido declarado ejecutorio por los tribunales de estado, y que, por consiguiente, la capacidad del quebrado en cuanto á la enagenacion de sus bienes, se reconoce y se determina por la ley de su domicilio. Tribunal de Milan, 4 de Agosto de 1868 (1). Además, como el quebrado extranjero no pierde su cualidad jurídica, tiene derecho á oponerse personalmente á la instancia que tiende á hacerle reconocer como quebrado en el país, y recíprocamente, el que ha quebrado en el pais puede oponerse al reconocimiento de su quiebra en país extranjero. Tribunal de Napoles, 4 de Mayo de 1868 (2).

Hay una gran divergencia entre los jurisconsultos sobre la cuestion que acabamos de indicar. El sistema del Tribunal de Casaciou de Turin está conforme con las opiniones de Massé, Rocco y Borsari (3). Estos autores, fundándose en las teorías del estatuto, sostienen que el juicio declaratorio de quiebra,—que hace al quebrado incapaz de disponer de sus bienes en el Estado á que pertenece, no puede traspasar los límites del Estado, en donde se ha emitido. Por el contrario, Mailher de Chassat y Fœlix, despues de Deluca, de Stracca y Ansaldus (4), pretenden que la incapacidad sigue al quebrado áun en el extranjero, sin que sea necesario declarar primero ejecutivo el juicio declaratorio de la quiebra. El primero de estos autores, segun las teorías internacionales, no admite la

---

(1) *An de jur.* t. II, 2.ª 371 y sig.

(2) *An de jur* t. II, 2.ª 167. *Jurisp. de Tur.*, año 5.º, p. 564.

(3) Massé, *Derecho comercial*, t. II, § 810. Rocco, Obra citada, página 314.

(4) Mailher de Chasat, lib. I, n. 263, Fœlix, O. C, w, 468. Lucea, De cambiis, *Dis.* 32, n. 15.

division de capacidad, y considera la incapacidad del quebrado como un estatuto personal. El quebrado é incapaz en un lugar, lo es en todas partes, excepto para arreglar segun las legislaciones de los diversos Estados, los efectos de la quiebra con relacion á los bienes, á los actos, á las obligaciones y á las formalidades del procedimiento. Fœlix, va á parar á la misma conclusion, pero partiendo del principio erróneo de que el juicio declaratorio de la quiebra es un acto de jurisdiccion voluntaria, y asentando simplemente un hecho. Rechazando esta teoría, hace observar Carlé (1) con mucha razon, que no puede resolverse con ayuda de la realidad ó de la personalidad de los estatutos, una cuestion cuya solucion debe buscarse en un órden de ideas muy distinto, es decir, en el conocimiento de lo que exige el interés general del comercio. Ahora bien, este interés exige que el juicio declaratorio de la quiebra produzca sus efectos aun sobre los bienes situados en otro Estado. Sin esto, la universalidad de la quiebra seria solo una vana fórmula. Carlé sigue, pues, en el fundamento de estas consideraciones, la doctrina de Mailher de Chassat y de Fœlix. Si el *pareatis* es necesario para la ejecucion del juicio extranjero declaratorio de la quiebra, no se sigue de aquí que todo efecto de este juicio pueda ser considerado como un acto de ejecucion. Puede ser invocado ante los tribunales extranjeros para determinar la condicion del quebrado; y para fijar la época de la suspension de sus pagos. El juicio declaratorio puede tambien, aun sin *pareatis*, oponerse como excepcion para detener la accion individual de un acreedor; pero si los síndicos quieren, en virtud de este juicio, llegar á la venta de los bienes muebles ó inmuebles del quebrado que se hallan en otro Estado, se tratará ya de la ejecucion del juicio extranjero, y será necesario obtener préviamente el *exequatur*.

La solucion de la cuestion es de una alta importancia práctica, por ejemplo, en el caso en que un negociante quebrado tenga un establecimiento comercial en un Estado, y posea en otro bienes muebles ó inmuebles. ¿Puede acaso disponer de estos bienes, ó pueden anularse los actos dispositivos que haga en un país, despues de haber sido declarado

(1) Car. O. C., edicion italiana, p. 58 y 59.

en quiebra en otro? La respuesta se deduce de los principios expuestos anteriormente.

12. De la regla que la incapacidad del quebrado extranjero está circunscrita en los límites de su Estado, hasta que los tribunales del país hayan concedido el *exequatur* al juicio declaratorio de quiebra, resulta que, antes de este momento, el que ha quebrado en un Estado extranjero, es capaz de contratar en Italia, y puede libremente disponer de los bienes que aquí posea, y que los actos verificados por él en el reino son válidos, como recíprocamente el quebrado italiano puede contratar eficazmente en el extranjero. Turin, sentencia citada del 3 de Abril de 1857. El tribunal de Brescia, en la sentencia antes citada del 1.° de Agosto de 1871, se ha separado de esta conclusion: porque despues de haber admitido que los efectos en el reino de Italia, de un juicio extranjero declaratorio de la quiebra, están subordinados á la concesion de ejecutoriedad de la sentencia, el tribunal de Brescia ha juzgado que la eficacia de esta se extiende de pleno derecho aun á los bienes muebles que el quebrado extranjero posee en Italia, y por consiguiente, en la sucursal que posea en el reino; de suerte, que los actos que el quebrado ejecuta en Italia respecto de los bienes de éste, serán nulos.

13. Una vez reconocida en el Estado la cualidad de quebrado al negociante extranjero, la ley que rige su capacidad jurídica, en cuanto á la enagenacion de sus bienes muebles, es la de su domicilio; pues si la venta de los objetos muebles hecha por un quebrado es nula con arreglo á las leyes de su domicilio, como hecha en tiempo en que no podia ser válida por efecto de la declaracion de quiebra, esta nulidad deberia ser reconocida en el exterior, por más que la enagenacion hubiese sido hecha á un extranjero, con arreglo á cuyas leyes no lo fuese, que los bienes muebles hubiesen sido trasmitidos, y que, en el momento de la declaracion de quiebra, se hallasen situados en un lugar en donde estuviesen vigentes estas leyes. Tribunal de Milan, 14 de Agosto de 1868 (1). Esta decision es racional, cualquiera que sea el sistema de derecho internacional vigente en esta materia. Todos los escritores convienen en que la incapacidad del quebrado, absoluta y

(1) *An. de jur. de Ital*, t. II, 2.ª, p. 371 y sig.

universal segun algunos, y relativa á los bienes situados en el Estado segun otros, es regida por las leyes del lugar de la quiebra. Y esto es verdad principalmente respecto de los inmuebles, los cuales, por una ficcion legal, siguen siempre la ley personal del quebrado, es decir, la de su domicilio. Tal es la opinion de Rocco, que distingue las leyes sobre muebles relativas al concurso y á la distribucion de los bienes, teniendo las otras por objeto solamente arreglar los privilegios y todos los demás derechos de preferencia adquiridos por los acreedores: hace entrar las primeras en el estatuto personal, que es aquí la ley del domicilio, y las otras en el estatuto real del lugar en donde estos bienes se encuentran (1). Massé (2) parece ser del mismo acuerdo, aunque á primera vista aparente profesar una doctrina diferente. Dice, en efecto, que los muebles deben seguir las leyes del estatuto real, es decir, del lugar en donde se hallan situados, y que de este modo se acaba la ficcion legal que los considera inherentes á la persona y á las leyes de su propietario. Pero se trata aquí de la prioridad que puedan haber adquirido sobre ellos los acreedores extranjeros, y no de la capacidad de enagenarlos.

Es verdad que Merlin subordina (3) la solucion al exámen del hecho de si el tercero, cuando ha contratado con el quebrado en territorio diferente de aquel en que se ha declarado la quiebra, conocia ó no su estado de insolvencia. Cree la obligacion válida en el primer caso y nula en el segundo. Pero se ha contestado, con razon, á esta opinion, que esta es una cuestion de capacidad y no de buena fé.

14. Cuando solo se trata de justificar la cualidad de los síndicos de una quiebra, el juicio extranjero que los ha nombrado es suficiente para probar dicha cualidad, áun cuando no hubiera sido préviamente declarado ejecutorio en el Estado. Esto han decidido el Tribunal de Génova, en la sentencia de 27 de Setiembre de 1863 y las precitadas del Tribunal de Milan, 5 de Noviembre de 1869, del Tribunal de Brescia, 1.° de Agosto de 1871 (4). La razon de ello es, porque la ejecutorie-

(1) Obra citada, p. 367 y sig.
(2) Derecho comercial, t. II, núm. 72.
(3) *Rep.*, V. *quiebra*, seccion 2.ª, § 2, art. 10, n. 5.
(4) Cav. Jurisp. com. 3.° 2, 49, *An. de jurisp. ital.* año V, 2.°, p. 575, *Monit. de los Trib.* año 1870, p. 105, Agosto 1871. p. 817.

dad se reconoce como necesaria cuando se trata de compeler á otra persona á cumplir las obligaciones que resultan de un documento extranjero. Es indudable, por el contrario, en derecho internacional privado, que los actos realizados de conformidad con la ley del lugar en donde han tenido efecto, hacen prueba, áun en el extranjero y sin que haya necesidad de una declaracion de ejecutoriedad de su contenido ni de la cualidad que confieren.

FIN.

# ÍNDICE

DE LAS MATERIAS CONTENIDAS EN ESTE TOMO.



## LIBRO II.

DERECHOS PATRIMONIALES (CONTINUACION).

### SECCION II.

Pág.



CAPITULO II.—DE LA LEY QUE DEBE REGIR LA NATURALEZA Y LOS EFECTOS JURÍDICOS DE LA OBLIGACION.



CAPITULO III.—DE LA INTERPRETACION DE LAS OBLIGACIONES.

Páginas.



CAPITULO IV.—DE LA EFICACIA Y DE LA FUERZA EJECUTORIA DE LOS CONTRATOS HECHOS EN TERRITORIO EXTRANJERO.



CAPITULO V.—DE LA EXTINCION DE LAS OBLIGACIONES.

CAPITULO VI.—DE LA FORMA DE LOS CONTRATOS.



CAPITULO VII.—DEL CONTRATO DE MATRIMONIO.

Páginas.



CAPITULO X.—DE LA QUIEBRA.



SECCION III.



CAPITULO ÚNICO.—DE LA LEY QUE DEBE REGIR LA SUCESION DE LOS EXTRANJEROS.

APÉNDICE I.—COLECCIONES DE JURISPRUDENCIA.

Páginas

CENTRO EDITORIAL

DE

F. GÓNGORA Y COMPAÑIA.

*Puerta del Sol,* 13 3.°, *Madrid.*

## NUEVA BIBLIOTECA UNIVERSAL.
## SECCION JURÍDICA.

### CONDICIONES DE LA SUSCRICION.

**1.ª Todas las obras que publique la *Biblioteca Jurídica* pueden adquirirse por suscricion, que se abonará al recibo de cada tomo, cuyo precio para los suscritores será el de 20 rs. en España y 24 en el extranjero y América, mientras que á la venta por tomos sueltos costarán 24 y 28 reales respectivamente.**

**2.ª Las personas que deseen suscribirse pueden hacerlo dirigiéndose por carta á los editores, remitiendo además el importe de los tomos publicados (tres tomos, que más abajo se anuncian), al precio que indica la condicion anterior.**

**3.ª Tan pronto como el número de suscritores llegue á 1.000, mejoraremos notablemente las condiciones de la publicacion.**

**4.ª Todo suscritor á esta *Seccion Jurídica* tiene derecho á que se le haga un 15 por 100 de descuento del precio de venta en las demás obras publicadas ó que publique la casa fuera de dicha seccion.**

**La correspondencia se dirigirá á los editores F. Góngora y compañía, Puerta del Sol, núm. 13, 3.°**

### OBRAS PUBLICADAS EN ESTA BIBLIOTECA.

Tomo 1.°—**Carrara.**—TEORÍA DE LA TENTATIVA Y DE LA COMPLICIDAD, Ó DEL GRADO EN LA FUERZA FÍSICA DEL DELITO, version castellana con prólogo y notas de D. Vicente Romero Giron, un tomo en 4.° mayor (tamaño de la *Seccion Jurídica*), 24 rs. en España y 28 en el extranjero y América.

Tomo 2 y 3.—**Fiore.**—DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, Ó PRINCIPIOS PARA RESOLVER LOS CONFLICTOS ENTRE LAS DIVERSAS LEGISLACIONES EN MATERIA DE DERECHO CIVIL Y COMERCIAL, ETC., version castellana de A. García Moreno, aumentada con un apéndice del autor y con un prólogo de D. Cristino Martos; dos tomos en 4.° mayor, 48 reales en España y 56 en el extranjero y América.

### EN PRENSA.

**Savigny.**—ESTUDIOS FUNDAMENTALES DE DERECHO ROMANO, tomo 1.° y 2.°, version castellana de D. Jacinto Mesía y D. Manuel Poley, profesores de Derecho romano en la Institucion Libre de Enseñanza.

### SEGUIRÁN.

**Laveleye.**—DE LA PROPIEDAD Y SUS FORMAS PRIMITIVAS, con un prólogo de D. Manuel Alonso Martinez.

**Bluntschli.**—DOCTRINA GENERAL DEL ESTADO, con prólogo y notas de D. Gumersindo Azcárate.

**Gabba.**—TEORÍA DE LA RETROACTIVIDAD DE LAS LEYES, con prólogo y notas de D. Vicente Romero Giron.

# NUEVA BIBLIOTECA UNIVERSAL.

## SECCION HISTÓRICA.

Tambien se admiten suscriciones á esta *Seccion* bajo las condiciones siguientes:

1.ª Los que deseen suscribirse á la *Biblioteca Histórica* remitirán el importe de los tomos publicados (que hasta hoy son 10), al precio de 16 rs. en Madrid, 18 en provincias y 20 en el extranjero y América.

2.ª Los demás tomos que se publiquen los irán abonando al mismo precio segun vayan apareciendo.

3.ª Tan pronto como el número de suscritores llegue al máximum de loque podemos admitir en esta edicion, que son 800, mejoraremos notablemente la publicacion en las obras que de allí en adelante se publiquen.

4.ª Los suscritores á esta *Seccion* disfrutarán de las mismas ventajas que se indican en la condicion 4.ª para los que se suscriban á la *Seccion Jurídica*.

### OBRAS PUBLICADAS EN ESTA BIBLIOTECA.

Tomo 1 al 9.—**Mommsem.**—Historia de roma, version castellana de A. García Moreno, con un prólogo y notas en la parte relativa á España, por D. F. Fernandez y Gonzalez; *nueve* tomos en 4.° 180 rs. en Madrid, 194 en provincias y 204 en el extranjero y América.

Tomo 10 —**Weber.**—Historia comtempóranea (de 1830 á 1872), version castellana, anotada y aumentada con una reseña histórica de los Estados de América, por A. García Moreno; tomo primero (de los cuatro de que constará); 20 rs. Madrid, 22 en provincias y 24 en el extranjero y América.

### EN PRENSA.

**Weber.**—Historia contemporánea, tomos 2.°, 3.° y 4.°

### SEGUIRÁN.

**Merivale.**—Historia de los romanos bajo el imperio.
**Guervinus.**—Introduccion á la historia del siglo xix.

---

Advertencia. Esta casa sirve con la mayor puntualidad y economía toda clase de pedidos de obras nacionales y extranjeras que vengan acompañados de su importe en letra de facil cobro.

La correspondencia se dirigirá á los editores F. Góngora y compañía, Puerta del Sol, núm. 13, Madrid.

## NUEVA BIBLIOTECA UNIVERSAL.

### SECCION FILOSÓFICA.

G. TIBERGHIEN.—Ensayo teórico é histórico sobre la generacion de los conocimientos humanos en sus relaciones con la moral, la política y la religion, con un prólogo, notas y comentarios, de Nicolás Salmeron y Alonso y Urbano Gonzalez Serrano.

Esta obra consta de cuatro tomos en 8.°, y su precio 56 rs. en Madrid, 60 en provincias y 64 en el extranjero y América.

FRANCISCO GINER.—Estudios filosóficos y religiosos. Consta de un tomo en 8.° y su precio 12 rs. en Madrid, 14 en provincias y 16 en el extranjero y América.

Materias que contiene esta obra:

Condiciones del espíritu científico.—El alma de los animales.—Clasificacion de las ciencias.—Doctrina de la ciencia.—Concepto y division de la matemática.—Reforma de las ciencias matemáticas.—Religion y ciencia.—La Iglesia española.—Los católicos viejos.

#### OBRAS VARIAS.

LORD MACKENZIE.—Estudios de Derecho Romano, comparado en algunos puntos con el francés, el inglés y el escocés; traducido, anotado y comparado con el español, por S. Innerasity y G. de Azcárate.

Un tomo en 4.° mayor, 20 rs. en Madrid, 22 en provincias y 24 en el extranjero y América.

FRANCISCO DE LA PISA PAJARES.—Prolegómenos del Derecho. Un tomo en 8.°, 16 rs. en Madrid, 18 en provincias y 20 en el extranjero.

ANUARIO DEL ESTUDIANTE.—(Guia de las familias) que comprende, entre otras cosas, una detallada reseña de cuantos estudios y requisitos de todo género se necesitan para cada carrera, puntos donde se estudia; edicion de 1876, un tomo en 8.°, en carton, 12. rs.

J. MARTIN DE OLIAS.—Influencia de la Religion Católica, Apostólica Romana en la España contemporánea. (Estudios de economía social), con una introduccion y varias consideraciones críticas por Emilio Castelar.

Un tomo en 8.°, 10 rs. en España y 12 en América.





